

Observações acerca de um modelo pós-positivista de fundamentação do Direito: Dworkin e a ideia de “interpretação construtiva”

Observations on a non-positivistic model of Law's foundation: Dworkin and the idea of “constructive interpretation”

Carlos Adriano Ferraz¹
Universidade Federal de Pelotas

Resumo: Em um paradigma “pós-positivista” de fundamentação do Direito, temos a inserção de uma espécie de “razoabilidade prudencial”. Tal razoabilidade solapa a ideia de um “cientificismo” proposta, sobretudo, pelo positivismo jurídico ainda vigente, o qual é assaz notório, sobretudo, a partir dos trabalhos de autores como Herbert Hart (1907-1994). Contudo, a partir de autores tais quais Ronald Dworkin, temos que a validade normativa do Direito não estaria fundamentada em uma estrutura meramente dedutiva ou axiomática (em um simples processo de subsunção formal, por assim dizer), mas em outros critérios normativos, a saber, princípios, o que dá azo a uma nova linha de reflexão para o Direito: a “hermenêutica principiológica”. Assim, o presente *paper* intenta apresentar em que sentido, segundo Dworkin, a perspectiva positivista é insatisfatória para a resolução dos casos difíceis, nos quais há a hercúlea tarefa de encontrar-se o devido princípio para sua resolução em um processo denominado por Dworkin de “interpretação construtiva”, em oposição ao modelo positivista proposto especialmente por Hart.

Palavras-chave: hermenêutica, Direito, princípios.

Abstract: In a Post-positivist model of the foundation of law we have, among other conceptual elements, the insertion of a sort of “prudential reasonableness”. Such reasonableness undermines the idea of a “scientific” approach that was proposed mainly by juridical positivism, which is still operative. This positivism became notorious especially through the works of authors such as Herbert Hart (1907-1994). However, according to the works of

¹ Universidade Federal de Pelotas. Departamento de Filosofia. Rua Coronel Alberto Rosa, 154, 96010-770, Pelotas, RS, Brasil. E-mail: ferrazca@hotmail.com.

authors such as Ronald Dworkin, the normative validity of law is not founded on a deductive (axiomatic) structure alone (in a kind of formal subsumption, so to speak), but rather on other normative standards, namely principles. This allows us to start a new line of thinking, viz. the “principiological hermeneutics”. Thus, the article discusses in which sense, according to Dworkin, the positivistic perspective is insufficient for the solution of the so called “hard cases”, which demand the herculean task of finding the due principle in order to solve them in a process Dworkin calls “constructive interpretation”, in contrast to the positivistic model proposed especially by Hart.

Key words: hermeneutics, law, principles.

Introdução

Um dos autores que com mais vigor rejeita o modelo positivista é, sem dúvida alguma, o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin (1931-...). Até os anos 1970, especialmente até a publicação de *A Theory of Justice* (1971), de John Rawls (1921-2002), o modelo positivista parecia viger soberano. No entanto, todo o desdobramento da Filosofia Prática será marcado irreversivelmente pelo surgimento da obra de Rawls. E é a partir dela que Dworkin, no seio mesmo da tradição liberal, irá, não apenas como filósofo, mas como jusfilósofo, estabelecer suas concepções acerca do Direito e da Justiça em uma perspectiva liberal, na tradição que vem de autores tais quais John Locke (1632-1704) e Thomas Paine (1737-1809). Assim, no tocante à fundamentação do Direito, que é, talvez, o aspecto mais importante do pensamento de Dworkin, encontramos seu desenvolvimento em sua famosa resposta ao positivismo jurídico tal como este é desposado por Herbert Hart. Nesse sentido, a construção de seu modelo, “interpretação construtiva”, se desenvolve no contexto de sua severa crítica ao influente modelo de Hart. O modelo proposto por Dworkin surge, com efeito, no momento em que o pensamento liberal está renascendo, sendo sua base, também, liberal. Seu modelo surge, não obstante, em virtude de o modelo positivista não dar conta, segundo Dworkin, de um problema fundamental, qual seja, o dos *hard cases*. Assim, a perspectiva proposta por Dworkin seria uma alternativa para a insatisfatória busca, pelo positivismo, por uma “cientificidade” do Direito, abrindo espaço para uma hermenêutica jurídica de cunho liberal com vistas à justiça.

Sobre uma nova fundamentação para o Direito: a insuficiência do modelo positivista e a busca pelos princípios

Em sua primeira grande obra, *Taking Rights Seriously*, de 1977, Dworkin estabelece aquelas que são as mais acuradas distinções entre regras (*rules*) e princípios (*principles*). Na referida obra, especialmente nos capítulos I (“the model of rules I”) e II (“the model of rules II”²), ele estabelece uma importante distinção entre tais

² Tal capítulo, como ocorre frequentemente na obra de Dworkin, é uma reformulação de um artigo por ele publicado em 1967 na *University of Chicago Law Review*, cujo título era: “Is Law a System of Rules”? Neste artigo seminal, Dworkin principiava suas críticas ao modelo sustentado por Herbert Hart, especialmente sua concepção de discricionariedade. Aliás, boa parte dos artigos de Dworkin publicados nos anos 1960 é dedicada a uma severa crítica ao modelo de fundamentação do Direito proposto por Hart, sobretudo em seu clássico *O Conceito de Direito* (2007 [1961]). Dessa forma, após definir o que entende por positivismo jurídico (na segunda sessão do capítulo I de *Levando os direitos à sério*), Dworkin concentra-se na “forma poderosa” que foi dada a este por Herbert Hart.

conceitos, sendo que, no capítulo IV (“hard cases”), ele trata da difícil (“hercúlea”) tarefa de ponderar acerca de princípios e de sua aplicabilidade.

Em verdade, a distinção estabelecida por Dworkin é triádica: (i) regras (*rules*), (ii) princípios (*principles*) e (iii) normas (*standards*).

Em linhas gerais, regras (*rules*) referem-se às regras jurídicas, especificamente. Elas exigem seu cumprimento pleno. São expressas em juízos disjuntivos do tipo “ou ... ou ...”: aplicam-se ou não. Embora elas possam ter exceções, bem como variar, mudar, elas constroem de forma rígida, tratando da relação causal entre o caso e a consequência.³

As normas (*standards*), por seu turno, não são tão rígidas quanto as regras, dado que apontam para uma série de considerações e possíveis opções. Elas podem ser entendidas, em uma linguagem próxima à nossa, como “políticas públicas” (*policies*) e, também, como princípios (*principles*). A especificidade das normas (*standards*) do tipo “políticas” (*policies*) reside em que elas têm um *telos*: orientam para um fim previamente estabelecido. Normas (*standards*) do tipo “políticas” (*policies*) têm como escopo uma “melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (Dworkin, 2002, p. 36). É precisamente nesse sentido que elas diferem dos princípios (*principles*), os quais não têm um *telos*: eles são fios condutores da deliberação.

Dessa forma, os princípios (*principles*), por si mesmos, não resolvem uma disputa legal. Eles são, mais apropriadamente, “fios condutores” nas decisões judiciais. Eles não indicam consequências legais, pois não apontam para uma relação causal (do tipo “se... então...”). Os princípios (*principles*) apresentam razões, demandando que algo seja realizado “na medida do possível”. Eles servem tão somente de “guias” nas decisões, dado que, por si mesmos, não resolvem uma disputa legal. Dessa forma, eles não indicam consequências legais, limitando-se a oferecer razões para que uma determinada decisão seja tomada em dado contexto. Em geral, eles mostram-se necessários quando do choque entre normas (*standards*)⁴. Eles dão, nesse sentido, conteúdo à ponderação. Eles também têm uma dimensão que as regras não têm, a saber, a dimensão do “peso” e da “importância” (*the dimension of weight or importance*), o que esclarece a ideia de “ponderação” no âmbito dos princípios.

Com efeito, sobre essa distinção entre *policies*⁵ e *principles*, diz-nos Dworkin:

Acabei de mencionar “princípios (*principles*), políticas (*policies*) e outros tipos de padrões (*standards*)”. Com muita frequência, utilizarei o termo “princípio” de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões (*standards*) que não são regras (*rules*); eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que o presente argumento nada vá depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser

³ Exemplos de situação desse tipo podemos buscar no Código Civil Brasileiro, que prevê, no art. 927, que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, esclarecendo, no art. 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁴ Regras (*rules*) não envolvem esse tipo de problema, pois são expressas em juízos disjuntivos. Em caso de conflito entre regras, ou vale uma, ou vale outra.

⁵ “Os argumentos de política justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (Dworkin, 2002, p. 129).

protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio (Dworkin, 2002, p. 36, grifo meu).

Sobressai-se da passagem acima, sobretudo, o caráter moral do critério principiológico: princípio é um padrão “que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002, p. 36). Com efeito, Dworkin engendra a distinção triádica acima exposta com o escopo de demonstrar que a filosofia jurídica de Herbert Hart não consegue abarcar todas as normas que os juízes devem levar em consideração quando da deliberação (notadamente nos “hard cases”). O Direito, segundo Dworkin, não é, como sustentava Hart, constituído unicamente por regras primárias e secundárias, embora tal distinção seja importante para o Direito⁶. Disso emerge, pois, a necessidade de uma reformulação acerca das “regras” e “padrões” que serão utilizados, especialmente na decisão referente aos “casos difíceis” (*hard cases*).

Dworkin acerca das bases de um paradigma não positivista de fundamentação do Direito em uma perspectiva liberal

Tal reformulação proposta por Dworkin no tocante à fundamentação do Direito pressupõe, invariavelmente, o modelo liberal que jaz como *background* do pensamento jurídico de Dworkin. Ainda em *Taking Rights Seriously*, encontramos a distinção entre três tipos de teorias políticas: (i) baseadas em metas⁷, (ii) baseadas em deveres⁸ e (iii) baseadas em direitos⁹. É precisamente no âmago desta última que Dworkin construirá sua distinção entre regras (*rules*) e normas (*standards*) do tipo políticas (*policies*) e do tipo princípios (*principles*).

Como dito acima, o modelo de Dworkin é fundamentalmente liberal, em uma tradição que remonta a autores tais quais John Locke e Thomas Paine. Portanto, a distinção estabelecida por Dworkin pressupõe sua concepção de estado liberal fundada, dessa forma, em direitos.

⁶ Tal distinção é desenvolvida por Hart em seu *O Conceito de Direito* (2007, cap. V). Sobre isso, diz-nos Dworkin: “A distinção de Hart entre regras primárias e secundárias é de grande importância. As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras de direito penal que nos impedem de roubar, assassinar ou dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas. As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias” (Dworkin, 2002, p. 31). Aliás, atentemos para o fato de que Dworkin, apesar de suas críticas, reconhece reiteradamente a importância (e “complexidade”) da filosofia do direito de Hart.

⁷ “Caso em que consideraria fundamental alguma meta como, por exemplo, o aumento do bem-estar geral” (Dworkin, 2002, p. 266-267). Teorias totalitárias se enquadrariam nessa concepção, bem como as mais diferentes formas de utilitarismo.

⁸ Teorias baseadas em deveres consideram “fundamental algum dever, como o de obedecer à vontade de Deus conforme determinam os Dez Mandamentos” (Dworkin, 2002, p. 266). Em filosofia, um exemplo notável é o da ética kantiana, fundada sobre a ideia de dever (em uma perspectiva não teológica).

⁹ Teorias fundadas em direitos adotam “algum direito, tal como o direito de todos os homens à maior liberdade abrangente possível, como fundamental” (Dworkin, 2002, p. 266).

Assim, “as teorias baseadas em direitos preocupam-se mais com a independência do que com a conformidade da ação individual. Elas pressupõem e protegem o valor do pensamento e da escolha individuais” (Dworkin, 2002, p. 267). O ponto fulcral, aqui, é que teorias baseadas em direitos “fazem uso da ideia de regras morais, códigos de conduta a serem seguidos, em determinadas ocasiões, sem consultar o auto-interesse”.

A aplicação de princípios (*principles*) em um estado liberal pode ser sobejamente exposta a partir do seguinte e célebre exemplo:

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova York teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino”. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro (*common Law*). A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime. O assassino não recebeu sua herança (Dworkin, 2002, p. 37).

Tal caso mostra-se paradigmático para o que Dworkin intenta demonstrar, a saber, que em *hard cases* faz-se mister o uso de outra espécie de normatividade que não a positiva, qual seja, a principiológica baseada no direito consuetudinário.

Portanto, especialmente no tocante aos *hard cases*, a atividade judicante difere drasticamente da que ocorre na mera perspectiva positivista, consoante a qual devemos adotar um modelo silogístico em que as regras são aplicadas de forma mecânica, sendo a lei a premissa maior e o fato a premissa menor (em uma situação de deliberação em que o juiz apenas torna claro aquilo que já estava dado na premissa maior).

Tal modelo (o positivista), além de separar direito e moral, não deixa espaço à interpretação. Essa perspectiva, cujas raízes estão em Thomas Hobbes (1588-1679) e na sua proposta de erradicação do *jus naturale* (o direito à autodefesa) em prol do *jus positivum* (o direito exercido pelo estado com vistas à garantia da *salus populus*), permite, quando muito, o poder discricionário, o qual é defendido especialmente por Herbert Hart. Assim, conforme Hart, naqueles casos em que a lógica silogística não é capaz de chegar a uma conclusão, o juiz pode valer-se da discricionariedade, tornando-se, por assim, dizer, “criador de direito”¹⁰.

Com efeito, Dworkin entende a discricção como “liberdade para criar direito”, a qual feriria, inclusive, a clássica separação entre os poderes já assente por Montesquieu em seu *De l'esprit des lois*, de 1748. Tal distinção é seguida por Dworkin, para o qual a função judicial é radicalmente distinta das funções legislativa e executiva.

¹⁰ “A *textura aberta do Direito* deixa aos tribunais um poder de criação de Direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de Direito. Seja como for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a mesma última palavra dotada de autoridade” (Hart, 2007, p. 158, grifo meu).

É aqui, precisamente, que entra a distinção entre regras (*rules*) e princípios (*principles*) no plano da fundamentação do Direito¹¹. Afinal, a preocupação de Dworkin referente à discricionariedade é precisamente esta: a criação, pelo juiz, de novas leis que desconsideram os direitos individuais preexistentes. E lembremos que Dworkin fundamenta o Direito à luz das teorias de Locke e Paine, notórios defensores de direitos não positivados, isto é, “direitos naturais”, os quais independem de qualquer legislação e estão, na perspectiva não metafísica de Dworkin, enraizados na tradição cultural, na *common Law*. Segundo Dworkin, Hart teria desconsiderado tal espécie de direitos. Conforme Hart, haveria, no plano dos *hard cases*, apenas uma “lacuna legal”. Dessa maneira, o poder discricionário proposto por Hart atingiria as bases do estado liberal tal como este é concebido por Dworkin (e cujas raízes se encontram plenamente espalhadas no Iluminismo).

Portanto, ao poder judiciário não é lícito, segundo Dworkin, “criar direito”. Ele deve, em verdade, garantir direitos já existentes, os quais estão consolidados pela tradição, constituindo, de certa forma, direitos *prima facie*¹².

Além disso, ao defender a discricionariedade, Hart está sustentando que não há resposta correta para *hard cases*. E, para Dworkin, sempre há uma resposta correta para um *hard case*. No paradigmático exemplo citado, temos uma resposta correta: “A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”. Com efeito, tal é uma decisão que envolve uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Mas essa distinção traz consigo um problema: como aplicar princípios de tal forma que evitemos a arbitrariedade e cheguemos a uma resposta correta para os “casos difíceis”?

Da judicatura como uma tarefa hercúlea: a “interpretação construtiva”

Pois bem. Lembremos que, como foi mencionado alhures, o juiz, na perspectiva de Dworkin, é o “Hércules” no plano jurídico. E isto em virtude da árdua tarefa de aplicar princípios, a qual envolve a necessidade de interpretação. E sobre esse ponto encontramos, no monumental *Law’s Empire*, de 1986, um mais circunstanciado desenvolvimento. *Law’s Empire* começa com uma questão fundamental, qual seja: em *hard cases* como deve o juiz julgar? Ora, tal questão é uma reformulação da questão já colocada acerca de como deliberar a partir de princípios.

É neste texto, com efeito, que Dworkin desenvolve a tarefa de interpretar (o problema da interpretação, portanto), a qual é, no tocante aos *hard cases*, mais apropriada do que a de simplesmente aplicar (silogisticamente) a regra (*rule*), ainda que esta aplicação seja feita a partir de casos passados. Em *Law’s Empire*, temos uma espécie de teoria da interpretação, a qual ele desenvolve analogamente à interpretação no âmbito da literatura. Nesse sentido, a interpretação expressa o que jaz sob o Direito (seu princípio político).

No caso do modelo proposto por Dworkin, princípios que garantam os direitos de todos os indivíduos devem ser utilizados em tais casos. E, nesse ponto,

¹¹ Cronologicamente, tal ponto é colocado por Dworkin, pela primeira vez, em um artigo de 1967 intitulado *Is Law a System of Rules?* (Dworkin, 1967, p. 14-46). Tal artigo será, posteriormente, reformulado e incorporado à sua primeira grande obra: *Levando os Direitos à sério* (2002 [1977]).

¹² Sobre esse ponto, ver: Ferraz (2008).

Dworkin lança mão de todo seu conhecimento de casos jurídicos para desenvolver sua defesa de uma espécie de *common Law*.

Dessa forma, especialmente no capítulo II (“Conceitos de interpretação”), em uma parte intitulada *etapas da interpretação* (Dworkin, 1999, p. 81-82), encontramos a divisão daquelas que são, segundo Dworkin, as três etapas de interpretação: (i) etapa pré-interpretativa; (ii) etapa interpretativa e (iii) etapa pós-interpretativa.

A primeira identifica “as regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”. A segunda estabelece uma justificação legal dos princípios que se ajustam às práticas em questão, visando garantir que tenhamos uma “interpretação” e não uma “invenção”. Por fim, a terceira etapa reforma a prática para que esta se adapte à etapa interpretativa.

Na prática jurídica concreta, isto funcionaria da seguinte forma: o juiz (“Hércules”), no momento “pré-interpretativo”, reuniria todos os elementos legais que poderiam ser úteis ao caso (*hard case*) em questão. No momento “interpretativo”, “Hércules” apresentaria uma justificativa para os elementos obtidos no primeiro momento. No momento “pós-interpretativo”, o juiz deliberaria acerca de qual seria a melhor justificativa, a qual consistiria na almejada *right answer* para aquele *hard case*.

Todo este processo constitui o que Dworkin denomina de *process of constructive interpretation*. São três estágios analíticos em que (i) o juiz identifica as regras (*rules*) e normas (*standards*) que constituem a prática social estabelecida concernente ao caso que demanda deliberação, bem como (ii) apresenta uma justificativa para os elementos anteriormente evocados. E, por fim, (iii) chega a uma decisão que melhor se ajusta à prática social enraizada em uma dada comunidade regulada por um ordenamento jurídico comum.

Dito de outra forma, a decisão representará o “peso” de uma determinada prática social de uma forma mais clara: permitir-nos-á vê-la com mais clareza (*viewing a social practice in its best light*).

Note-se que a deliberação deve ser consistente com os dados identificados no momento pré-interpretativo, bem como deve ser a que melhor explicita os valores preeminentes em tal caso. Dado seu vínculo com o Direito consuetudinário (*common Law*), Dworkin considera os dados históricos (jurídicos) como peças fundamentais na deliberação envolvendo *hard cases*. Eles representam o conteúdo da interpretação e, conseqüentemente, das deliberações. Estas devem estar em harmonia com o conteúdo legal existente¹³. O juiz não “cria” Direito: ele o descobre quando não há regras dadas para que o caso seja simplesmente subsumido.

Para que melhor possamos compreender seu argumento, Dworkin propõe a analogia com a literatura. Imaginemos que certo número de escritores concorde em escrever uma obra em conjunto, ficando cada um responsável por um capítulo. Cada autor deverá escrever algo que esteja em harmonia com os demais capítulos: cada novo capítulo demandará um acordo com os capítulos anteriores, para que tenhamos um todo coerente. A isso Dworkin refere-se como sendo *Law as integrity* (ou *Law as a coherent whole*). Nesse sentido, há a exigência de que o juiz perpassasse a totalidade do Direito em sua interpretação. Isso porque, a interpretação exige que o juiz ajuste (“fits”) e justifique sua decisão o mais meticulosamente possível (dentro do contexto de um dado ordenamento jurídico). E isso levando em conta os princípios morais vigentes nesse mesmo contexto social.

¹³ “Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra” (Dworkin, 1999, p. 71).

Um exemplo citado por Dworkin reiteradamente em vários momentos de *Law's Empire* é o caso *McLoughlin versus O'Brian*, ocorrido na Inglaterra. Tal caso corresponde ao que em inglês é compreendido como *English tort Law*, isto é, “responsabilidade civil no Direito”, a qual envolve, sobretudo, a reparação de danos (sejam “danos materiais”, sejam “danos morais”)¹⁴. O caso é primeiramente descrito por Dworkin no primeiro capítulo de *Law's Empire* (Dworkin, 1999, p. 30). Ele pode ser resumido da seguinte forma. Em outubro de 1973 a sra. McLoughlin estava em sua casa quando foi surpreendida por um amigo que a procurava para lhe dar uma notícia terrível: seu esposo e três filhos haviam sido hospitalizados em virtude de um grave acidente automobilístico. Ele a leva às pressas para o hospital, onde ela viu sua filha morta e seu esposo e as duas outras crianças gravemente feridas e ainda cobertas de óleo, o que lhe causou um profundo abalo emocional. Dessa forma, ela decidiu processar o responsável pelo acidente. Tal caso, após muitas apelações, foi, finalmente, decidido pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), a mais alta instância de apelação para a maioria dos processos legais na Inglaterra. E, embora ela não estivesse presente no acidente, a decisão da *House of Lords*, ocorrida em 1982, foi-lhe favorável.

Com efeito, no exemplo acima, se a sra. McLoughlin faz jus a uma compensação por seu dano (neste caso, “dano moral”), o juiz deve justificar, dentro do ordenamento jurídico aceito, que pessoas na situação dela merecem algum tipo de compensação. Tal princípio deve poder ser ‘ajustado’ ao ordenamento jurídico estabelecido.

Segundo Dworkin, um positivista sugeriria o uso da discricionariedade: o juiz “criaria” Direito e o aplicaria retrospectivamente ao caso já ocorrido. Haveria, nesse caso, aquilo que Hart denominou de “lacuna jurídica”. Nessa lacuna legal é que o juiz teria liberdade para “criar direito”. Nessa lacuna, o juiz não precisaria se pautar por *standards* de qualquer natureza. Dito de outra forma, *standards* já arraigados em uma dada sociedade não impõem, para Hart, normatividade alguma para a deliberação do juiz. Ele engendraria uma decisão *ex post facto*. Isso, segundo Dworkin, feriria um princípio básico, a saber, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*¹⁵.

Na perspectiva de Dworkin (*Law as integrity*), alcança jaez legal aquilo que a moralidade sugere como sendo a mais acertada decisão referente aos casos já ocorridos. Aqui entram em jogo as convicções morais do juiz, as quais são por ele compartilhadas com os demais membros da sociedade. Tais valores servem como critério normativo e, por fim, legal para uma decisão concernente a um caso já ocorrido. Dworkin está preocupado, sobretudo, com a justificação moral de decisões referentes a *hard cases*. E, nesse ponto, razão e imaginação se encontram.

Em um artigo seminal publicado em 1982 na *University of Florida Law Review* (Dworkin, 1982), Dworkin tece alguns comentários fundamentais acerca desse

¹⁴ O problema da responsabilidade civil também está contemplado na legislação brasileira. Como podemos ler no Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral fica comete ato ilícito” (Brasil, 2004, p. 188, Código Civil, Art. 186,). Dessa forma, responsabilidade civil implica o dever de reparar danos materiais e/ou morais.

¹⁵ Em nossa Constituição de 1988, por exemplo, isso está claro no artigo 5.º (Inciso XXXIX), onde lemos: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Dito de outra forma, “a lei penal não retroagirá”. A constituição dos EUA, conforme a seção 9 do Art. 1, proíbe categoricamente leis engendradas *ex post facto* (*No bill of attainder or ex post facto Law shall be passed.*). A convenção europeia dos direitos humanos, no Art. 11, também veda leis estabelecidas *ex post facto* (*No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.* United Nations – Human Rights, 2010).

ponto, os quais serão incorporados posteriormente em seu magistral *Law's Empire*, de 1986. Com efeito, o artigo aborda uma perspectiva “naturalista” de Direito, fundada, pois, em uma perspectiva de Direito natural. Afinal, como ele mesmo nos diz: *suppose this is natural Law. What in the world is wrong with it?*

Em seguida lemos:

De acordo com o naturalismo, juízes devem decidir sobre os *hard cases* mediante a interpretação da estrutura política de suas comunidades da seguinte, e especial, maneira: tentando encontrar a melhor justificativa que eles podem encontrar, nos princípios da moralidade política, para a estrutura como um todo, das mais profundas regras e arranjos constitucionais aos detalhes, por exemplo, do Direito privado de responsabilidade social ou do contrato (Dworkin, 1982, p. 165).¹⁶

Tal artigo antecipa teses defendidas posteriormente em *Law's Empire*:

As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido” – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Não obstante, um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância. Qualquer juiz norte-americano ou inglês que negasse que as leis de trânsito fazem parte do direito seria substituído, e esse fato desestimula as interpretações radicais [...]. Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação (Dworkin, 1999, p. 110).

Portanto, quando da *adjudication* o juiz está limitado pelo ambiente cultural em que ele está inserido. Tal modelo de judicatura seria a versão de Dworkin para uma perspectiva de Direito natural. Uma versão, contudo, não metafísica. Lembremos que Dworkin está no contexto do Direito consuetudinário. Portanto, ele está preocupado em trazer para a esfera do julgamento elementos que estão enraizados culturalmente. Ele está preocupado, sobretudo, com a teoria do “precedente” (*past legal decisions*).

Assim, decisões jurídicas passadas devem ser trazidas sob uma nova luz (*in the best new light possible*), para que possam ser aplicadas a novos casos. Na perspectiva da interpretação construtiva (*constructive interpretation*), buscamos pela melhor justificação moral para as decisões legais passadas (*best moral justification for past legal decisions*), baseados naquilo que Dworkin chama, em *Law's Empire*, de “paradigmas jurídicos”. Não apenas isso, faz-se mister mesclar “princípios de moralidade política” com a “história institucionalizada do Direito”¹⁷.

Por essa razão, Dworkin apresenta-nos a um juiz ideal, “Hércules”, o qual será capaz de discernir acerca da melhor interpretação das práticas jurídicas de

¹⁶ “According to naturalism, judges should decide hard cases by interpreting the political structure of their community in the following, perhaps special way: by trying to find the best *justification* they can find, in principles of political morality, for the structure as a whole, from the most profound constitutional rules and arrangements to the details of, for example, the private law of tort or contract” (Dworkin, 1982, p. 165).

¹⁷ Esse ponto é plenamente desenvolvido no terceiro capítulo de *Law's Empire*: “A jurisprudência revisitada”. Dworkin, diferentemente dos positivistas, portanto, não separa a esfera do Direito da esfera moral. Poderíamos dizer que Dworkin está preocupado com a lei tal como esta deve ser, ao passo que os positivistas se preocupariam com a lei tal como esta é. Trata-se, pois, da já referida distinção entre “princípio” e “regra”.

uma dada sociedade. “Hércules” preocupa-se com a “lei tal como esta deve ser” (*Law as it ought to be*).

Nesse contexto, o “ought” caracteriza a preocupação de Dworkin com a fundamentação ética do Direito, especialmente no tocante aos *hard cases*. Este adquire legitimidade se vinculado a princípios. Aliás, no que diz respeito às regras, não há maiores problemas: subsume-se o caso particular à regra geral. Neste caso, o juiz não precisa sequer ser o “Hércules” definido por Dworkin. Ele não precisa, afinal de contas, interpretar. Sua tarefa é notadamente “técnica” (e, mesmo, “burocrática”). A validade de sua decisão está expressa, por exemplo, no Código Civil. Além disso, quando há um conflito entre regras, adotamos o juízo disjuntivo: ou... ou... Ou seja, ou uma ou outra.

A esfera da “lei como esta deve ser” (*Law as it ought to be*), em contrapartida, tem um domínio não especificado, incerto à primeira vista. Dessa forma, quando princípios conflitam, o “correto” é aquele que se mostra como mais ajustado ao caso. A interpretação adquire justificação quando é a mais relevante moralmente para o caso (ela é correta *ad hoc* – *in casu* –, isto é, ela não perde, necessariamente, sua validade para outras situações similares). A validade dos princípios, os quais formam o Direito *as it ought to be*, é perene. Algo deveras diferente ocorre com o Direito como ele é (*as it is*). Este pode deixar de ser válido quando há conflito entre regras (*rules*), bem como quando há uma reforma do código que o expressa.

Dessa maneira, conforme a concepção de “interpretação construtiva” (*constructive interpretation*), uma determinada prática social (socialmente estabelecida como estimável) deve ser trazida à baila da forma mais clara possível (*in its best light*). Não se trata, aqui, de uma espécie de convencionalismo: Dworkin não propõe que as decisões devam ser tomadas exatamente de acordo com casos precedentes. “Cada caso é um caso”, dir-se-ia. Faz parte da interpretação construtiva justificar uma decisão com base nas práticas sociais relacionadas ao caso *sub judice*.

Assim, a interpretação demanda uma revisão dos princípios com vistas a identificar aquele (s) que mais se identifica (m) com os valores que justificam certa decisão. No fundamental artigo já referido, Dworkin fala da necessidade de que uma decisão (interpretação) esteja de acordo com “ideais substantivos de moralidade política”.¹⁸ Desse modo, apesar de o juiz “olhar para trás” quando da deliberação, ele utiliza a imaginação ao procurar fazer com que a decisão esteja o mais próximo possível da moralidade política (tal proximidade entre Direito e Moral é algo que pode ser denominado de *overlap thesis*).

Nos termos de Dworkin:

O juiz zeloso deve estabelecer para si mesmo, por exemplo, um simples “limiar” de ajuste, ao qual deve se ajustar qualquer interpretação de dados para que esta se torne “aceitável” de acordo com a dimensão de ajuste. Então, suponha-se que mais de uma interpretação atinja aquele limiar; a escolha entre elas deverá ser feita, não mediante posteriores e mais precisas comparações entre as duas ao longo daquela dimensão, mas pela escolha da interpretação “substancialmente” melhor, a qual melhor promove os ideais políticos que ele pensa serem corretos (Dworkin, 1982, p. 171).¹⁹

¹⁸ “It will contain substantive ideals of political morality on which he relies in deciding whether any putative interpretation is to be preferred because it shows legal practice to be better as a matter of substantive justice (Dworkin, 1982, p. 171).

¹⁹ “A thoughtful judge might establish for himself, for example, a rough ‘threshold’ of fit which any interpretation of data must meet in order to be ‘acceptable’ on the dimension of fit, and then suppose that if more than one interpretation of some part of the law meets this threshold, the choice among these should be made, not through further and more precise comparisons between the two along that dimension, but by choosing the interpretation which is ‘substantively’ better, that is, which better promotes the political ideals he thinks correct” (Dworkin, 1982, p. 171).

Aliás, isso é algo que encontramos em *Levando os Direitos à sério*, ao início da terceira parte do capítulo 1, onde lemos:

[...] quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis (*hard cases*) nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões (*standards*) que não funcionam como regras (*rules*), mas operam diferentemente, como princípios (*principles*), políticas (*policies*) e outros tipos de padrões (*standards*) (Dworkin, 2002, p. 36).

A dificuldade reside em que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Além disso, quando princípios conflitam, “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”, a qual “não será uma mensuração exata”, de tal forma que “o julgamento que determina que um princípio ou política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” (Dworkin, 2002, p. 42).²⁰

Pelo que pudemos ver, a interpretação envolve, primeiramente, a justificação de práticas sociais já estabelecidas, demonstrando que elas estão em harmonia com o ordenamento jurídico vigente. Ela também deve prover uma justificação de jaez moral para tais práticas.

Será em *Law's Empire*, como vimos, que tal concepção de “interpretação construtiva” será melhor desenvolvida, dado que nela Dworkin expõe, como vimos acima, os três momentos da interpretação, os quais constituem a totalidade do processo interpretativo: no primeiro momento, há um consenso acerca de diversos aspectos de um dado objeto de interpretação; em segundo lugar, o juiz (Hércules) estabelece em que sentido tal consenso é moralmente justificável; e, por fim, o juiz, entendido, portanto, como intérprete, revê sua posição acerca do caso à luz da melhor justificativa moral.

Não obstante, ainda no artigo de 1982, encontramos que a coercitividade legal de certo princípio (sua força) é proporcional à justificação que ele oferece a dadas práticas legais sociais tomadas em sua totalidade (*Law as integrity*). Portanto, o princípio deve estar ligado a um ordenamento jurídico existente, bem como ser o padrão (*standard*) moral mais próximo a este. Em outras palavras, o princípio “correto”, e para Dworkin há uma resposta correta para os *hard cases*, é aquele que melhor justifica moralmente certa lei.

Em *Law's Empire*, Dworkin estabelece uma analogia entre esta “interpretação construtiva” e a interpretação no plano artístico (“interpretação criativa”). Em ambas temos que interpretar algo inteiramente distinto de nós mesmos²¹. A arte, assim como o ordenamento jurídico, representa uma espécie de entidade independente de nós.

Uma esclarecedora definição de “interpretação construtiva” nos é oferecida por Dworkin na seguinte passagem de seu monumental *Law's Empire*: “Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (Dworkin, 1999, p. 64).

²⁰ Nesse sentido, como ele nos diz no artigo de 1982: “Judges should decide hard cases by interpreting the political structure of their community in the following, perhaps special way: by trying to find the best *justification* they can find, in principles of political morality, for the structure as a whole, from the most profound constitutional rules and arrangements to the details of, for example, the private law of tort or contract” (Dworkin, 1982, p. 165).

²¹ “A forma de interpretação que estamos estudando – a interpretação de uma prática social – é semelhante à interpretação artística no seguinte sentido: ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas” (Dworkin, 1999, p. 61).

As 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 justificação dessa prática” (Dworkin, 1999, p. 112). A *iuris prudentia* torna-se, dessa forma, um aspecto da adjudicação²². Dessa maneira, “um juiz deve deliberar acerca de novos casos de acordo com o espírito do novelista que escreve um novo capítulo”²³. Ambos devem ser criativos, mas dentro de um determinado contexto normativo. Embora o juiz possa ir além das decisões precedentes em casos similares, ele deve apresentar um “relato brilhantemente unificador das decisões passadas, a uma luz melhor do que antes” (cf. Dworkin, 1982, p. 169). Assim, o juiz deve lançar mão de princípios cujo conteúdo deve ser oriundo de valores sociais reconhecidos coletivamente. Embora a imaginação tenha um papel crucial na tarefa do mítico “Hércules”, ela é cerceada pelas decisões políticas passadas. A imaginação tem um papel fundamental ao trazer tais decisões à lume da forma mais clara possível.

Isso dá à teoria do Direito de Dworkin uma “vivacidade” que não poderia ser observada no modelo positivista. Ele não intenta unicamente descrever o ordenamento jurídico existente: ele propõe que sejam buscados os critérios normativos deste, os quais, pelo menos nos *hard cases*, não estão evidentes. O ordenamento é, digamos, o “horizonte” em que tal interpretação ocorre. E tal interpretação dá legitimidade ao ordenamento jurídico. A ideia de *Law as integrity* tem consigo a “coerência” como um valor fundamental. Mas tal “coerência” não traz consigo o estabelecimento de uma fronteira entre esfera das regras e a esfera da moralidade, algo observável no positivismo.

Aliás, por conta dessa “fronteira” chegamos a uma desconfortável situação, qual seja, a de hobbesianamente sustentar que o critério de obrigatoriedade reside no poder soberano apenas, isto é, que neste encontramos a legitimidade da lei. Dworkin, pelo que podemos observar, está no âmbito de outro modelo político, a saber, o liberal, a partir do qual ele sustenta a necessidade de encontrarmos outra forma de legitimação da lei que não seja a vontade soberana.

Considerações finais

Dessa forma, tal como a *theory of justice* (entendida como *justice as fairness*), engendrada por John Rawls desde os anos 1950, o modelo justificatório proposto por Dworkin é exequível em uma sociedade liberal alicerçada sobre os princípios dos direitos humanos, sobre os princípios constitucionais, bem como sobre valores tais quais os de liberdade e igualdade. Modelos ditatoriais (de esquerda ou de direita) tornam impossível a ideia de interpretação construtiva. Quando Dworkin nos apresenta aos “princípios de moralidade política”, ele está tratando de direitos humanos, os quais são, segundo ele, direitos políticos. Tais são os *rights of man* expostos por Thomas Paine na obra homônima.

Esta é, aliás, uma das características marcantes do estado liberal: ele foi instituído com vistas à garantia de certos direitos ditos “fundamentais”. Este é, precisamente, o horizonte interpretativo do “Hércules” de Dworkin. Afinal, o modelo liberal surge concomitantemente ao surgimento da defesa de tais direitos ditos “fundamentais”, os quais não são assegurados tanto pelas regras, mas, sobretudo,

²² “Desse modo, o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito” (Dworkin, 1999, p. 113).

²³ “A judge should decide fresh cases in the spirit of a novelist in the chain writing a fresh chapter”. Não apenas isso, “the judge must make creative decisions, but must try to make these decisions ‘going on as before’ rather than by starting in a new direction as if writing on a clean slate” (Dworkin, 1982, p. 168).

pelos princípios. Daí termos seu surgimento a partir de textos tais quais a *Bill of Rights* (1688), a *United States Declaration of Independence* (1776) e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789). Isso irá ter um impacto no surgimento das perspectivas constitucionalistas, as quais visam, precisamente, a garantia dos “direitos fundamentais”. A partir desse momento temos uma defesa de aspectos tais quais o jusnaturalismo, os valores humanos, a limitação do estado, etc.

Com efeito, tal ponto fica mais claro em uma obra posterior de Dworkin, *O Direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana* (Dworkin, 2006 [1996]). Em sua extensa e profícua introdução, encontramos aquilo que Dworkin denomina de “premissa majoritária”: uma virtude moral se perde quando uma decisão política contradiz aquilo que a maioria dos cidadãos preferiria²⁴. Tal é o já mencionado “horizonte” de interpretação, ou “horizonte hermenêutico”, dentro do qual “Hércules” deve adjudicar. Sua decisão deve sempre estar cerceada pelos valores morais compartilhados socialmente pelos seus concidadãos.

Referências

- BRASIL. 1990 [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 168 p.
- BRASIL. 2004. *Código Civil*. 46ª ed., Porto Alegre, Verbo Jurídico, 1067 p.
- DWORKIN, R. 2002. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- DWORKIN, R. 1999. *O império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- DWORKIN, R. 2006. *O Direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo, Martins Fontes, 572 p.
- DWORKIN, R. 1967. Is Law a System of Rules? *The University of Chicago Law review*, 35(1):14-46. <http://dx.doi.org/10.2307/1598947>
- DWORKIN, R. 1982. Natural Law Revisited. *University of Florida Law Review*, 34(2):165-188.
- FERRAZ, C.A. 2008. Legitimação a partir do contrato ou com o contrato: acerca dos modelos de fundamentação política de Rawls e de Dworkin. *Dissertatio*, 27-28:105-126.
- HART, H. 2007. *O conceito de Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 348 p.
- RAWLS, J. 2003. *Justiça como equidade: Uma reformulação*. São Paulo, Martins Fontes, 306 p.
- RAWLS, J. 1971. *A theory of justice*. Cambridge, Harvard University Press, 538 p.
- UNITED NATIONS – HUMAN RIGHTS. 2010. Disponível em: <http://www.ohchr.org>. Acesso em: 21/06/2010.

Submetido em: 05/08/2010

Aceito em: 25/04/2011

²⁴ “Uma virtude moral importante se perde ou se compromete quando uma decisão política contradiz aquilo que a maioria preferiria ou julgaria correto se todos pudessem refletir baseados em informações suficientes” (Dworkin, 2006, p. 32). Sobre o princípio constitucional, diz-nos Rawls: “Um regime constitucional é aquele em que as leis e estatutos têm de ser coerentes com certos direitos e liberdades fundamentais [...]. Existe de fato uma constituição (não necessariamente escrita) com uma carta de direitos que especifica essas liberdades e é interpretada pelos tribunais como limite constitucional à legislação” (Rawls, 2003, p. 205).