

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**PEDRO SOARES GONÇALVES FILHO**

**INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO:  
UM ENFOQUE A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE KLAUS  
GÜNTHER E DA INTEGRIDADE**

**CURITIBA  
2008**

**PEDRO SOARES GONÇALVES FILHO**

**INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO:  
UM ENFOQUE A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE KLAUS  
GÜNTHER E DA INTEGRIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná como requisito  
parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri

**CURITIBA  
2008**

## RESUMO

No presente trabalho, objetiva-se fazer breve reflexão acerca das questões da interpretação e da aplicação do Direito, privilegiando a atuação dos juízes, abordando também a figura dos membros das Cortes Constitucionais, em vista de diversos problemas que se colocam ao pensar no tema. Questiona-se: onde está a legitimidade democrática de tais decisões? Focando o aspecto interpretativo das mesmas, dentre os vários que são passíveis de questionamento, buscamos, mediante uma análise pautada na lógica discursiva peculiar da atividade judicante e nos parâmetros a guiarem tais discursos, abordar um modelo que se pudesse dizer mais fiel aos ditames democráticos. A presente análise, então, divide-se em três momentos principais. No primeiro, aborda-se a questão do discurso, partindo mormente das lições de Klaus Günther e Jürgen Habermas, fazendo-se uma análise, neste tocante, quanto às atividades legislativa e judicante. Em um segundo momento, propõe-se reflexão acerca de que atributos deveria possuir uma decisão judicial, para que se pudesse reputar democrática, e fiel aos anseios sociais. Com este fim, tem-se como fio condutor as idéias de Ronald Dworkin. Por fim, na última parte da monografia, após algumas considerações sobre a Jurisdição Constitucional, com base nos conceitos teóricos expostos nos dois primeiros momentos, busca-se analisar acórdão do STF, a fim de comparar a decisão ali tomada com a idéia anteriormente construída de decisão legítima.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I – JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: UMA PROPOSTA DE PARÂMETRO INTERPRETATIVO</b> .....	6
1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	6
1.2. DISTINÇÃO ENTRE DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E DE APLICAÇÃO .....	7
1.3. ASPECTOS DAS ARGUMENTAÇÕES DE ADEQUAÇÃO NA MORAL .....	10
1.3.1. Descrição completa da situação .....	10
1.3.2. Coerência normativa .....	12
1.3.3. Uma demonstração prática .....	14
1.4. JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: ENFOQUE SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES .....	15
<b>CAPÍTULO II – COERÊNCIA E INTEGRIDADE EM DWORKIN</b> .....	21
2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	21
2.1.1. Crítica ao Positivismo Jurídico .....	21
2.1.1.1. Direito como sistema de regras, princípios e políticas .....	22
2.1.1.2. Crítica à discricionariedade judicial e a correlação entre Direito e Moral .....	24
2.2. ASPECTOS DA FUNÇÃO JUDICIAL .....	25
2.2.1. A tese dos direitos .....	25
2.2.2. A tese da resposta certa .....	26
2.2.3. O Direito como Integridade .....	31
<b>CAPÍTULO III – PENSANDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	39
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	39
3.2. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADIN 1.969-4/DF .....	42
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## INTRODUÇÃO

As questões da interpretação e da aplicação do Direito de há muito suscitam debates entre os juristas. O modo de percebê-las, longe de constituir apenas uma questão teórica, surte efeitos práticos importantes, principalmente se o considerarmos no âmbito da atividade judicante, que, adiantemos, será o foco principal das reflexões a serem realizadas neste trabalho.

Tal modo de percepção varia conforme o paradigma seguido. Na história do constitucionalismo, podemos identificar dois momentos, que deram origem a dois paradigmas distintos acerca da compreensão do Direito, que ainda hoje repercutem nas concepções dos seus intérpretes, e, também, na jurisprudência dos tribunais brasileiros: um primeiro, de cunho liberal, que se identificaria com a idéia de positivismo jurídico e propala a prevalência do âmbito privado sobre o público, e um segundo, social, no qual poderíamos encaixar a chamada “Jurisprudência dos Valores”, que se caracteriza pela crença da supremacia do público sobre o privado. Ambas as concepções levaram a conseqüências nefastas em termos históricos. Isto porque, no primeiro, há um apego excessivo às leis (levadas em consideração apenas as regras) e outras fontes convencionais; quando não existissem, aceitava-se a idéia de que o juiz poderia decidir discricionariamente, o que por certo é nocivo, uma vez que não haveria, assim, qualquer limite ao seu poder. Já o segundo se caracterizaria por dar importância aos princípios, mas sem necessidade de observância às fontes convencionais do Direito, uma vez que o fim buscado é o bem-estar da comunidade. O grande problema dessa concepção é a equiparação entre princípios e valores, retirando aos primeiros seu caráter normativo. Ainda hoje, tais concepções levam a decisões judiciais díspares, descoladas do contexto em que são proferidas, levando a injustiças e exclusões; pode-se até mesmo dizer que geram anacronismos.

Desse modo, pensando no fato de ser questionada, corriqueiramente, a legitimidade da atuação judicial, especialmente no âmbito das Cortes Constitucionais, dos mais diversos pontos de vista (como por exemplo da composição das mesmas), o objetivo de nosso trabalho é abordar uma concepção que forneça argumentos mais convincentes a respeito da questão hermenêutica, que possam vir a propiciar uma prestação jurisdicional mais justa e democrática, no sentido de levar em conta os princípios que predominam em uma comunidade em

um dado momento histórico. Isto seria feito em discursos de aplicação de normas, nos quais deverão ser tomados em conta todos os traços característicos da situação, a fim de buscar a norma válida cuja incidência seja adequada. Com esse intuito, basear-nos-emos nos ensinamentos de pensadores como Klaus Günther, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

Deste modo, a apresentação será dividida em três partes complementares, cada qual correspondente a um capítulo. No primeiro capítulo, partindo da análise da construção teórica de Klaus Günther acerca de discursos de fundamentação e de aplicação no campo da moral, analisaremos também esta distinção no âmbito jurídico, a fim de verificar a diferença dos discursos a serem empreendidos pelos Poderes Legislativo (discurso de justificação) e Judiciário (discurso de aplicação), no exercício de suas atribuições precípuas. Isto sob a luz de um terceiro paradigma, o do Estado Democrático de Direito.

Objeto do segundo capítulo será a formulação de Ronald Dworkin acerca da Integridade, que deverá nortear a interpretação a ser levada a cabo tanto em discursos de fundamentação quanto de aplicação. Em um primeiro momento, abordaremos as críticas que o autor faz ao Positivismo Jurídico, afirmando a distinção entre princípios e regras e a correlação existente entre Direito e Moral. Após, munido dessas idéias introdutórias, passaremos a uma análise da tese dos direitos (segundo a qual a resposta a uma controvérsia sempre pode ser extraída do sistema jurídico, mormente dos princípios) e da tese da resposta correta (consistente na idéia de que há uma única resposta correta para o litígio, partindo do ponto de vista do intérprete). Por fim, buscaremos expor os aspectos mais importantes a respeito da concepção do Direito como Integridade, de acordo com os termos em que a formula o jusfilósofo norte-americano.

Por fim, no terceiro e último capítulo, teceremos considerações, levando em conta o exposto nos dois primeiros capítulos, acerca da Jurisdição Constitucional, em que tudo o que se disse adquirirá um relevo ímpar. Isto porque é nessa instância que deverão ser resolvidas as controvérsias político-jurídicas de maior relevo para a comunidade. Após, visando à demonstração da teoria abordada em termos práticos, procederemos à análise de um julgado do STF, mais especificamente aquele proferido no âmbito da ADIN 1.969-4/DF, sob a ótica dos conceitos trabalhados, e buscaremos formular uma proposta de análise para tal caso.

## CAPÍTULO I – JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: UMA PROPOSTA DE PARÂMETRO INTERPRETATIVO

### 1.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Dentro da proposta do presente trabalho, neste capítulo inicial, um ponto a respeito do qual devemos nos deter é aquela distinção, explicitada por Klaus Günther, entre discursos de justificação (ou fundamentação) e aplicação de normas morais, abordando, mais adiante, sua importância e aplicação no âmbito do Direito.

Válido é afirmar, desde logo, sem prejuízo de posterior detalhamento de tais afirmações, que tais espécies de discursos possuem focos diversos e são orientados por princípios próprios.

Pode-se afirmar que Klaus Günther toma como ponto de partida de sua mencionada teoria o princípio de universalização (“U”, como é chamado por ele e Habermas, notação que será doravante adotada também neste trabalho), conforme a formulação conferida por Habermas, nos termos ora transcritos:

[...] qualquer norma válida terá de preencher a expectativa da satisfação de modo que as respectivas conseqüências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento *geral* para a satisfação dos interesses de *cada* indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos (e preferidos aos efeitos das conhecidas opções alternativas de regulamentação).<sup>1</sup>

Inicialmente, apenas a fundamentação de normas, que está ligada à validade das mesmas, seria norteadada por tal princípio. De acordo com Günther, os discursos a tanto referentes devem garantir que a norma expresse um interesse comum em sua observância geral. Tal “interesse comum” será constituído a partir da consideração dos interesses de cada indivíduo. Assim, “uma norma estará, pois, fundamentada se cada indivíduo puder aprová-la com razões”,<sup>2</sup> o que se atingirá supondo condições ideais de participação de todos os afetados, bem como de conhecimento ilimitado e tempo infinito, de modo a se preverem todas as conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de determinada norma, com

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm. In: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Apud: Klaus Günther. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*, p.35-36.

<sup>2</sup> GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Tradução para o espanhol de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n.17-18, p.278, 1995. Tradução livre.

a antecipação das possíveis situações de incidência da norma. Procedendo deste modo, conforme Günther, ter-se-ia uma norma “perfeita”, uma vez que já se haveriam considerado, no discurso de fundamentação, todas as possíveis situações de aplicação.<sup>3</sup> O próprio autor reconhece que apenas nesta hipótese, de condições de conhecimento ilimitado e tempo infinito, é que poderiam coincidir fundamentação e aplicação.

No entanto, tal ideal de uma norma perfeita não se mostraria viável por uma série de razões. Entre elas, a principal apontada pelo autor ora em foco parece-nos ser aquela de que não é possível imaginar situação em que se disponha de conhecimento ilimitado e tempo infinito (a descrição dos interesses de cada indivíduo varia conforme interpretações e tradições altamente mutáveis), sendo por isso impossível antever todas as possíveis situações de aplicação de uma dada norma. Neste contexto, então, é que o autor formulará sua teoria, distinguindo entre um plano de validade e outro de adequação das normas, os quais são “atingidos”, respectivamente, por meio de discursos de fundamentação e de aplicação, distinção esta que será objeto de tentativa de aprofundamento no próximo ponto deste capítulo.

## 1.2. DISTINÇÃO ENTRE DISCURSOS DE FUNDAMENTAÇÃO E DE APLICAÇÃO

Os discursos de justificação referir-se-iam à validade das normas, obedecendo, como critério, ao princípio “U”, visando à imparcialidade quanto a pessoas e procedimentos. Neste sentido, deveria haver a participação igualitária em tal discurso de todos os potencialmente atingidos pela norma, cada qual levando em conta reciprocamente os interesses dos demais indivíduos, seguindo os parâmetros anteriormente referidos, quais sejam, a antecipação de possíveis situações de incidência da norma, bem como a previsão dos efeitos da observância dessa. No entanto, como também já se disse, isto não é possível, conforme as ressalvas apontadas.

Observados estes aspectos, tem-se que,

neste nível de argumentação, a escolha dos fatos relevantes é norteadada pelo desiderato exclusivo de testar a universalidade da norma [...]. O que

---

<sup>3</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.279.



importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em “termos universais” passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis.<sup>4</sup>

O que se conclui, assim, é que não são todas as conseqüências da observância da norma que interessam nesse momento de fundamentação, devendo-se notar que, de acordo com Günther, ainda que as condições de conhecimento e tempo sejam limitadas, isto não faz com que deixe de ser possível falar na validade das normas. Levando tais noções em conta é que o autor proporá a reformulação do princípio “U”, afirmando que, no discurso de justificação, tal é atendido em uma “versão mais fraca”, qual seja:

[O critério de validade refere-se] às conseqüências e aos efeitos colaterais previsíveis no momento atual, conforme forem relevantes para os interesses atuais de cada indivíduo e puderem ser aceitos por todos em conjunto. Por isso, sugiro a seguinte “versão mais fraca” de “U”: *‘Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente’*.<sup>5</sup> (Grifamos)

Deste modo, abre-se mão de conhecer todas as características relevantes para os interesses de todos os atingidos pela norma em determinada situação, cuja descrição, no processo de fundamentação, não precisa levar em consideração todas as suas circunstâncias variáveis.

Cabe lembrar que o fato de uma norma ser válida não faz com que seja adequada sua aplicação a um caso. Diante de determinada situação, pode haver diversas normas válidas aplicáveis *prima facie*, ou seja, os dados de tal situação concreta se encaixam no enunciado da norma. Então, a partir de um discurso de aplicação, aferir-se-ia a *adequação* de uma das normas aplicáveis *prima facie* à situação, após verificadas todas as circunstâncias específicas desta, sendo que apenas tal norma assim reputada é que seria de fato aplicada,<sup>6</sup> podendo-se falar que o discurso de aplicação é “complementar” àquele de fundamentação. Isto porque será com o discurso de aplicação que se considerarão os efeitos colaterais não

---

<sup>4</sup> MARTINS, Argemiro C.M. e OLIVEIRA, Cláudio L. de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*, v.2, n.1, p.244, 2006.

<sup>5</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.67.

<sup>6</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.283. O autor coloca ainda que se deverá realizar, para que tal fim seja atingido, uma interpretação coerente de todas as normas válidas aplicáveis *prima facie* à situação. Tais temas serão abordados com mais profundidade adiante.

previstos ou não levados em conta durante o discurso de fundamentação, a partir da demarcação precisa de seus traços característicos.

Transcorridos esses dois níveis discursivos, poder-se-ia dizer que se atende ao princípio “U” em sua “versão forte”, assim formulado pelo autor:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.<sup>7</sup>

Assim, é de se novamente ressaltar a distinção entre discursos de fundamentação e aplicação, os quais no entanto se complementam, conforme ilustra a seguinte passagem:

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. [...] Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. [...] A decisão a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa. Contudo, ambas representam respectivamente um determinado aspecto da idéia de imparcialidade: a exigência das conseqüências e dos efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, para que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto, operacionaliza o sentido universal-recíproco da imparcialidade, enquanto que, complementarmente a isto, a necessidade de que, em cada uma das situações de aplicação, considerarem-se todas as características, operacionaliza o sentido aplicativo.<sup>8</sup>

Neste momento, vale fazer menção a um exemplo trabalhado pelo autor, a fim de lançar luz aos conceitos trabalhados até o momento. O exemplo refere-se a hipótese retirada das lições de Kant,<sup>9</sup> do inocente que é perseguido injustamente pela polícia política que, sabidamente, lança mão de métodos bastante cruéis. O indivíduo pede ajuda a um terceiro. Este poderia seguir aquela norma moral que proíbe a mentira, delatando o fugitivo àqueles que vêm ao seu encalço, ou então poderia mentir ou se omitir, transgredindo tal norma, a fim de salvar a vida de um inocente.

Nesta situação, pode-se notar o conflito entre duas normas morais válidas: a que proíbe a mentira, e uma outra que veda a incriminação de inocentes. Note-se que, quanto à validade de tais normas, não há dúvidas. Ambas são aceitas, pois fundamentadas segundo o princípio “U”, em sua versão “fraca”. Neste momento de

---

<sup>7</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.65.

<sup>8</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.70-71.

<sup>9</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.22 e seguintes.

fundamentação de normas, conforme já se mencionou alhures, tal “efeito colateral” da aplicação da norma (a condenação de um inocente aos mais diversos suplícios) ou não foi antecipado, ou foi desconsiderado pelos participantes do discurso.

Ocorre que, ao levar em conta todos os traços característicos da situação, surge conflito, o qual o autor afirma ser um caso de colisão externa de normas, as quais somente serão identificadas e resolvidas em discursos de aplicação, nos quais se definirá qual a norma adequada ao caso. Assim, é necessário que se justifique a adequação de determinada norma, explicando o porquê de ter ela sido utilizada a fim de basear o juízo conclusivo particular para a situação de aplicação, e também de terem sido afastadas as outras normas aplicáveis *prima facie*.

### 1.3. ASPECTOS DAS ARGUMENTAÇÕES DE ADEQUAÇÃO NA MORAL

Considerando o exemplo acima, tem-se que, para se chegar a tal ponto, devem-se percorrer, de acordo com Günther, dois passos necessários em argumentações de adequação: a descrição completa da situação e a coerência normativa, alcançada esta através da solução das colisões surgidas.<sup>10</sup>

#### 1.3.1. Descrição completa da situação

Nessa primeira etapa, não se levar em conta todos os traços característicos da situação,<sup>11</sup> a partir da seleção dos fatos tomados como relevantes. Tomam-se determinadas razões para determinado juízo particular, escolhendo-se uma regra conclusiva que realizará o percurso daquelas a esse.<sup>12</sup> Tendo em conta, como se disse acima, que a adequação da norma ao caso deve ser objeto de justificação, o juízo particular deve ser fundamentado com razões, com a escolha da norma genérica conclusiva.

<sup>10</sup> A respeito, afirmam MARTINS e OLIVEIRA, A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios, p.245-246: “a norma adequada ao caso será determinada após o exame de todas as normas aplicáveis *prima facie*, bem como de todos os fatos relevantes. Esse processo envolve a reconstrução das primeiras **de maneira coerente com o caso**, como forma de escapar do *casuismo* na determinação das normas aplicáveis” (grifamos). Sobre a questão da coerência, ainda nos estenderemos adiante.

<sup>11</sup> Isto surgiria, considerando o eventual problema apontado pelo autor da arbitrariedade na escolha de tais características situacionais, como a única regra formal passível de tentar evitá-lo.

<sup>12</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.336.

O que se disse até aqui leva em conta apenas a posição do proponente do discurso. Após esse realizar a descrição da hipótese de aplicação, um oponente eventualmente poderá fundamentar por que deseja conferir outro tratamento à situação narrada, partindo da consideração de determinados traços característicos situacionais, mediante: a) a contestação da verdade dos fatos relatados pelo proponente; b) a afirmação de que, em verdade, os dados da situação não estão abrangidos pela fórmula normativa; c) a consideração de dados situacionais relevantes não levados em conta pelo proponente do discurso.

Com relação a “a”, deve haver unanimidade, entre os participantes da argumentação, a respeito dos fatos aos quais as razões aduzidas pelo proponente se referem. Nestes termos, “a verdade de cada uma das manifestações é condição necessária de uma descrição situacional completa”.<sup>13</sup>

Em se tratando de “b”, parece-nos que reforça a idéia da necessidade da descrição completa da situação, visto que, muitas vezes, esta só poderá ser alcançada com a aferição da extensão das variantes de significado das palavras utilizadas na argumentação. Neste sentido, o autor coloca que, antes de ser aplicada a norma, deve haver um “esgotamento” das possibilidades de significados. Isto se tem como imperativo, se se busca a aplicação imparcial da norma. Conclui:

A descrição situacional não deverá apenas ser completa, no sentido de que os sinais característicos sejam descritos de tal modo que coincidam com os sinais característicos da norma. Além disso, deverão ser contempladas diversas variantes possíveis e diversos graus altamente genéricos na descrição do mesmo sinal característico situacional.<sup>14</sup>

Por fim, “c” diz respeito à hipótese em que o oponente contesta os termos colocados pelo proponente, criticando a seleção por ele feita dos dados considerados relevantes. Neste sentido, tem importância quanto à identificação de possíveis colisões de normas a serem solucionadas.<sup>15</sup>

Afirma o autor que, a fim de aferir a lógica das argumentações de adequação, apenas um critério formal é admissível, qual seja, o da coerência da norma com todas as demais e suas variantes de significados, considerando a situação de aplicação.<sup>16</sup> Ocupamo-nos disto a seguir.

<sup>13</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.338.

<sup>14</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.345.

<sup>15</sup> Klaus Günther, na seção 3.1 da terceira parte de sua obra em questão (*Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.336-349), trata o assunto com rigoroso detalhamento.

<sup>16</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.354.

### 1.3.2. Coerência normativa

Neste passo, visar-se-ia conferir imparcialidade à aplicação, a qual, segundo Günther, “será imparcial quando *coerentemente* realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso” (grifamos).<sup>17</sup> Cumpre desde logo observar, no entanto, que o autor não vê na ponderação de valores um critério plausível para a solução dessa ordem de conflitos normativos. Primeiramente porque não estariam em jogo valores, mas sim a adequação de uma das normas aplicáveis *prima facie* à situação. Ademais, porque tal “tipo de solução [...] substitui a lógica da aplicação pelo seu resultado, reduzindo a discussão ao que é melhor no caso e não ao que é normativamente devido”.<sup>18</sup> Em outras palavras, escolher-se-ia determinada solução em vista de esta ser, em termos axiológicos, mais “correta”, sem haver uma adequada justificação.

Para Günther, as propostas referentes a este modelo de ponderação de normas ou interesses partiriam da premissa de que normas e princípios são equiparáveis a valores e bens. Em verdade, apenas estes últimos admitiriam entre si esse procedimento de sopesamento.<sup>19</sup> Argumenta:

A prioridade que [determinada norma] adquire [com relação a outra] neste caso [...] não vale como expressão de decisão de preferências ou como o resultado de uma ponderação de bens, *mas sim como o resultado da melhor teoria de todos os princípios aplicáveis*. Esta teoria deveria explicitar detalhadamente o significado destes princípios. A norma que oferece aquela relação de prioridade não deveria aparecer como a realização ótima dos fins que concorrem em referência a todas as possibilidades, *mas sim como o esgotamento ótimo do sentido normativo de ambos os princípios sob a consideração de todas as circunstâncias*.<sup>20</sup> (Grifamos)

Cumpriria salientar que o modelo de sopesamento faz com que se sigam certos critérios materiais implícitos, os quais, por si só, deveriam ser objeto de justificação, o que não ocorre.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In: GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.17.

<sup>18</sup> MARTINS, A.C.M. e OLIVEIRA, C.L. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios, p.247.

<sup>19</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.291.

<sup>20</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.291. Tradução livre. O autor, aqui, estabelece uma ponte com o pensamento de Dworkin, não sem fazer algumas ressalvas. A respeito deste assunto, também neste trabalho nos deteremos, mais adiante.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.92.

Jürgen Habermas, analisando as características das normas e valores, afirma a existência, entre os mesmos, de quatro diferenças principais. Seriam as seguintes: 1) as normas consistem de enunciados deontológicos (ou seja, estabelecem um agir obrigatório), enquanto que os valores diriam respeito a enunciados teleológicos (seguem lógica de prioridade, primando por um agir voltado a fins); 2) as normas seguem um código binário, e os valores, um gradual; 3) as normas caracterizam-se por uma obrigatoriedade universal; os valores, por sua vez, possuiriam obrigatoriedade apenas relativa; 4) por último, as normas não admitem contradição, devem formar um conjunto *coerente*, enquanto que os valores concorrem entre si, em busca de reconhecimento intersubjetivo (formando um sistema flexível, o qual daria azo a um universo de tensões e possibilidades).<sup>22 23</sup>

No entanto, ressalta o autor que não há critério formal para estabelecer tal relação de coerência entre as normas. O ideal de um sistema coerente de todas as normas, na prática, mostrar-se-ia inalcançável, uma vez que não é possível imaginar todas as colisões de normas que possivelmente surgirão em situações de aplicação. Em cada uma destas, terão as normas válidas um significado distinto, e a coerência deverá ser estabelecida em cada caso, com a argumentação de adequação.

Complementa afirmando que se acaba por verificar a formação de “paradigmas”, “esquemas”, aos quais acaba se recorrendo em casos de colisões típicos e esperáveis, como uma espécie de tentativa de padronização. Note-se que isto não impossibilitaria eventual afastamento dos mesmos, conforme o determinem eventuais discursos de fundamentação e aplicação.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1, p.316-317.

<sup>23</sup> Analisando a questão sob o enfoque do Direito, a adoção do modelo de ponderação desconsideraria um de seus caracteres básicos: o código binário que o rege (devido/indevido, lícito/ilícito), que é substituído por um código gradual, o qual, por sua vez, é próprio dos valores e bens. Denise Travassos argumenta, de maneira bastante interessante, que o modelo de ponderação *não leva os direitos a sério* (utilizando-se dos termos de Dworkin), no sentido de que levaria a uma “*mercantilização*” dos mesmos, uma vez que poderiam vir a ser negociados tal como mercadorias. (TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, f.93). Assim, ainda que as normas possam expressar valores, uma vez que os discursos de justificação envolvem questões tanto morais quanto éticas, isto não equivale a dizer que às normas se deva dispensar o mesmo tratamento conferido aos valores. (OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.88-90). Tem-se, então, que a idéia de coerência, do modo como é formulada por Dworkin, é o critério por meio do qual se opera a “passagem” dos valores do campo da moral para o campo jurídico, restando, desse modo, inaceitável a equiparação entre princípios e valores. A respeito desta idéia ainda nos deteremos, no capítulo II.

<sup>24</sup> A respeito dos paradigmas, afirma Thomas Kuhn: “considero estes como realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante certo tempo, proporcionam modelos de problemas e

### 1.3.3. Uma demonstração prática

A fim de ilustrar os dois subpontos anteriores, novamente se considera valioso o recurso ao exemplo, o qual novamente retiramos das lições do autor. Este propõe uma situação em que um sujeito, denominado X, é convidado por seu amigo Smith a ir a sua festa, e, aceitando o convite, faz a promessa de que comparecerá ao evento.

Pode-se imaginar que o proponente do discurso tenha chegado à sentença particular “devo ir à festa de Smith”, a partir do fato de ter dito ao mesmo que assim faria, baseando-se, então, na norma relativa ao dever de cumprimento das promessas.

Consideremos, então, a necessidade de descrição completa da situação, e imaginemos, como já expusemos alhures, reproduzindo os termos já utilizados, que o oponente do discurso poderá, eventualmente, querer dar outro tratamento à situação proposta, partindo da consideração de determinados traços característicos situacionais, mediante: a) a contestação da verdade dos fatos relatados pelo proponente; b) a afirmação de que, em verdade, os dados da situação não estão abrangidos pela fórmula normativa; c) a consideração de dados situacionais relevantes não levados em conta pelo proponente do discurso.

Nesses termos, tem-se que o oponente poderia lançar mão dos seguintes argumentos: a) o proponente não disse a Smith que iria à sua festa; b) o proponente, em verdade, não fez uma promessa genuína, mas apenas teria arranjado um encontro casual; c) houve a realização efetiva de uma promessa, mas Jones, também amigo seu, encontra-se em dificuldades e necessitado de auxílio.<sup>25</sup>

---

soluções à comunidade científica“ (tradução livre). KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p.13. Denise Travassos coloca a questão nos seguintes termos: “os paradigmas correspondem à forma em que o mundo - e, no nosso caso, o Direito - é compreendido em cada momento histórico. Metaforicamente, consistem nas lentes através das quais as sociedades se enxergam e se compreendem a si próprias. Essas lentes, porém, nunca possuem um caráter definitivo. A qualquer momento, com a mudança das pessoas e de suas práticas pode-se operar uma transformação que resulta no surgimento de um novo paradigma”. TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.15. Ainda, afirma Ronald Dworkin: “os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas, e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.89. Para mais a este respeito, no enfoque do autor, ver GÜNTHER, *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.357-358, e Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, p.293-295.

<sup>25</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.337.

Considerando “c”, podemos dizer que surgem como normas aplicáveis *prima facie*, colidentes entre si, as seguintes: a de que (1) “promessas devem ser mantidas” e aquela que reza que (2) “deve-se ajudar um amigo em necessidade”. Neste momento, como já se expôs em pontos anteriores do trabalho, não se está a discutir a validade de tais normas; os participantes do discurso de aplicação estão de acordo com isso. O que se deverá, sim, é fundamentar a adequação de uma delas à situação, mediante a consideração de todos os traços característicos dessa.

Levando em conta as normas enunciadas no parágrafo anterior, imaginemos que se proponha um juízo conclusivo particular “devo ajudar meu amigo Jones”, baseado em (2). Não é possível postular a invalidade de (1); o que se fará é demonstrar a compatibilidade entre as normas ora colidentes. Nisto residiria o sentido da interpretação coerente das normas *prima facie* aplicáveis, após a descrição completa da situação.<sup>26</sup>

O autor conclui, no caso, que o resultado de tal interpretação seria o seguinte: “para ajudar alguém que de repente se encontra em caso de extrema necessidade, não se deve manter uma promessa insignificante”.<sup>27</sup> Chegaria a este ponto através de um discurso no qual demonstra em que outras normas se baseia para justificar aquele juízo conclusivo supramencionado. Neste particular, ganharia relevo a concepção de Ronald Dworkin acerca da idéia de coerência, a respeito da qual, como já se sinalizou alhures, deter-nos-emos no capítulo II.

Passadas essas explanações iniciais, abordando a teoria de Klaus Günther como este a formula levando em conta o plano da moral, façamos considerações a respeito de tal construção no plano jurídico, objeto do ponto seguinte.

#### 1.4. JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO: ENFOQUE SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES

Partindo da idéia da necessidade de formação de paradigmas, considera Günther que a aplicação de normas também deve se dar em condições de limitações de tempo e de conhecimento, não se afigurando plausível o reinício do discurso em cada situação que se apresente. Tendo isto em conta, coloca que

<sup>26</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.290.

<sup>27</sup> GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.290.



haveria três fatores que conduzem à institucionalização do sistema jurídico: escassez de tempo, estado incompleto do saber e dupla contingência.<sup>28</sup>

Prossegue afirmando que as normas de Direito e as sentenças jurídicas, ao contrário daquelas normas e juízos morais, apesar de não poderem abrir mão de ter seu reconhecimento e seguimento racionalmente motivados, necessitam de mais que isso. Desse modo, argumenta o autor:

O fato de que normas jurídicas são fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados, segundo esses cenários, em nada muda o seu pleito por validade e adequação situacional. Esse pleito só será restrito à medida que os discursos satisfaçam duas condições: por um lado, requerem-se recursos de poder – de novo organizados segundo modelos procedimentais – a fim de neutralizar pesos desiguais de poder; por outro lado, recursos que produzam empiricamente decisões somente poderão ser utilizados se previamente já estiverem decididos, clara e inequivocamente, seus pressupostos. Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. Com isso, [...] eles estão sob condições de exigüidade de tempo e de conhecimento incompleto.<sup>29</sup>

Então, podemos pensar as diferentes atribuições dos Poderes Legislativo e Judiciário através da distinção entre os discursos de justificação e aplicação, temática central deste capítulo, com base nas idéias até aqui expostas. Em outras palavras, é dizer que podemos pensar tal distinção com base na lógica das argumentações empreendidas por cada um, no exercício de suas atribuições precípuas: no Poder Legislativo, ao qual cabe primordialmente a legiferação, seguiriam a lógica dos discursos de justificação, enquanto que o Poder Judiciário, detentor do poder de julgar, empreende sua função com base em discursos de aplicação.<sup>30</sup> Cumpre nos estendermos na análise desta temática.

Retomando a idéia de paradigmas, pode-se dizer que esses seriam pré-compreensões acerca de modos de interpretação e aplicação do Direito. Dito de

<sup>28</sup> Como expressa o autor (em tradução livre nossa): “As instituições morais não surgem em situações que precisam de decisão sob a pressão de tempo escasso e saber incompleto. As situações de atuação se distinguem, ademais, pelo traço da ‘dupla contingência’: *alter* há de prever que *ego* seguirá também faticamente o conjunto de normas válidas e princípios compartilhados em comum. Contrariamente, não seria presumível que *alter* pudesse motivar racionalmente seus atos por meio de normas válidas”. GÜNTHER, K. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica, p.295.

<sup>29</sup> GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*, p.367-368.

<sup>30</sup> Isso, no entanto, não implicaria em afirmar a separação estanque entre as funções de cada poder. Nem o próprio Montesquieu, a quem é atribuída tal construção, o fazia. Assim, pode-se dizer que cada poder tem funções *precípuas*, mas não exclusivas. Tem-se, então, que órgãos do Poder Judiciário legislam no sentido de sua regulamentação interna, assim como são previstos casos em que órgãos do Poder Legislativo empreendem a função judicante (por exemplo, crimes de responsabilidade do Presidente da República). Para o propósito do presente trabalho, cabe notar que não se mostrará de grande interesse nos estendermos acerca do Poder Executivo.

outra maneira, seriam “imagens implícitas que se tem da própria sociedade”, um panorama que orienta a prática jurídica no sentido da consecução de determinados projetos da comunidade, visando à integração social.<sup>31</sup> Cabe, no entanto, notar que as mudanças paradigmáticas nunca são absolutas: um novo paradigma sempre conserva algo do paradigma precedente que foi objeto de seus questionamentos e negações.

Vale também ressaltar, seguindo os dizeres de Marcelo Cattoni, que a interpretação jurídica, hoje em dia, dá-se num ambiente de tensão entre as diversas compreensões paradigmáticas acerca do Direito; assim considerando, tem-se que uma interpretação coerente haverá de “disputar” com outras interpretações igualmente coerentes fornecidas sob a visão de paradigmas distintos.<sup>32</sup>

Neste sentido, poderíamos identificar, na história do constitucionalismo, três paradigmas principais: do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.<sup>33</sup> Não nos deteremos em análises acerca dos dois primeiros: apenas atestaremos a insuficiência que ambos demonstraram historicamente, considerando que partiam de extremos: o primeiro, da absoluta prevalência do âmbito privado sobre o público, pregando um Estado mínimo e não-intervencionista, com um Judiciário que apenas aplicaria textos legais; e o segundo, da total supremacia do âmbito público sobre o privado, com um Estado “onipresente”, em que os juízes acabam adotando uma postura ativista. Ambos levaram a diversas crises. O que se atestou é que “o privado requer o público”: estes são opostos não-excludentes, que, ao contrário, se completam.<sup>34</sup>

É em vista disso que Jürgen Habermas, grande expoente da teoria do discurso, tratará da concepção do Estado Democrático de Direito, adotando elementos dos dois outros modelos mencionados, e acrescentando a necessidade de um procedimento deliberativo e decisório, no qual se supõe a participação de todos os envolvidos, em busca de consenso que traga soluções racionais às diversas questões que se colocam diuturnamente na sociedade. Assim procede a

---

<sup>31</sup> OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.82-83.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.108.

<sup>33</sup> Tais paradigmas corresponderiam, respectivamente, de certo modo, ao que Ronald Dworkin chama de Convencionalismo e Pragmatismo. Para mais a esse respeito, ver o ponto 2.2.3 deste trabalho.

<sup>34</sup> TRAVASSOS, D. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.72. Ver também a interessante entrevista de Menelick de Carvalho Netto publicada na Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas – MG*, v.65, n.4, out./dez. 2007, p.8-12.

partir de uma releitura dos princípios clássicos que fundam o Estado liberal.<sup>35</sup> O autor coloca a questão nos seguintes termos:

*A organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir [...] e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.<sup>36</sup> (grifamos)*

Pensando nesse termos, far-se-ia necessária uma ressignificação do princípio da separação dos poderes, com a adoção de um novo modo de vê-lo. Significa dizer que tal princípio não pode mais ser visto do prisma de uma simples divisão do trabalho conforme uma diferenciação de funções; nesse sentido, deverá ser ressituido, passando a ser identificado na lógica de argumentação específica que orienta a atividade primaz de cada poder.<sup>37</sup>

Assim, concisamente expostas tais idéias, podemos retornar ao foco deste momento de nossa argumentação, a fim de tecer considerações acerca das atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário, partindo da lógica de seus discursos.

Como já se antecipou, o Poder Legislativo operaria, precipuamente, segundo discursos de fundamentação de normas, nos quais não será plausível a atenção às infinitas particularidades que eventuais situações reais de aplicação poderão apresentar. Por meio de tais discursos, buscar-se-ia a elaboração de normas válidas, a partir da análise de razões das mais diversas ordens, como a moral e a ética, tudo segundo um processo legislativo institucionalizado e conforme aos ditames democráticos.<sup>38</sup> Nota-se que, para Habermas, a legitimidade do Direito residiria no fato de que os próprios destinatários da norma sejam os seus criadores; no entanto, a possibilidade de participação de todos os envolvidos no processo legislativo de há muito já se encontra inviável. Assim, como compatibilizar essas circunstâncias com a necessidade de tal discurso de justificação que assegure a todos os afetados a possibilidade de participarem?

<sup>35</sup> Para exposição pormenorizada a este respeito, ver HABERMAS, J. *Direito e democracia*, cap.4.

<sup>36</sup> HABERMAS, J. *Direito e democracia*, p.220.

<sup>37</sup> PONTES, Sílvia Regina. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial: fundamentos para a legitimidade discursiva da ADPF nº 54-8/DF*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, f.93.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.85.

Segundo tal autor, não bastaria a simples elaboração de instâncias deliberativas. Assim, faz-se necessária a contínua interlocução entre estas e o espaço público não-estatal, em que se formam as opiniões de cada sujeito integrante da comunidade. Ao nosso ver, de muito relevo é o incentivo à participação da comunidade no debate público acerca das questões mais relevantes, a fim de garantir essa legitimidade das normas (e evitar a promulgação de alguns diplomas legais absurdos, como não raro acontece).

Passemos, então, a analisar o Poder Judiciário. As atividades precípuas deste se empreenderiam mediante os chamados discursos de aplicação. Nesse sentido, ao juiz cabe, conforme “senso de adequabilidade” (como afirma Klaus Günther), verificar qual das normas válidas aplicáveis *prima facie* deverá ser efetivamente considerada adequada ao caso, sendo válido notar que, para que este processo se opere de maneira imparcial por parte do magistrado, o juiz adote uma postura *reflexiva*, no sentido de se pôr na situação dos possíveis atingidos.<sup>39</sup> Tal juízo de adequação deverá ser objeto de fundamentação.

Deste modo, no âmbito do processo jurisdicional, necessária se faz a participação dos destinatários do provimento buscado, ou seja, os protagonistas do caso de aplicação, tudo isto segundo os princípios do devido processo legal e do contraditório. Neste sentido, tem-se que o discurso de aplicação empreendido pelo juiz encontra no Direito Processual limites.<sup>40</sup>

A respeito da distinção ora sob enfoque, vale reproduzir as palavras de Silvia Regina Pontes, que sintetiza a questão da seguinte maneira:

As atividades legislativa e judiciária diferenciam-se a partir da lógica dos discursos de *justificação* e *aplicação* normativa: o discurso de justificação prescinde de um caso concreto e de litigantes, conhecendo apenas participantes [...]; já o discurso de aplicação do Direito, que se refere à função jurisdicional, deve escolher uma norma considerada válida, que se mostra apropriada a uma dada situação. Quanto ao discurso de aplicação, [...] este [...] requer uma repartição de papéis nas quais as partes podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso a um juiz representante de uma dada comunidade jurídica encarregado de julgar de uma forma imparcial, demandando uma repartição de competências e obrigando o tribunal a justificar seu veredicto perante um público, em princípio, ilimitado.<sup>41</sup>

Pode-se dizer, então, que ao Judiciário cabe, de maneira primaz, realizar a aplicação de normas aos casos concretos (situações de aplicação). Klaus Günther e

<sup>39</sup> TRAVASSOS, D. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.76.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.97-98.

<sup>41</sup> PONTES, S.R. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial*, f.86.

Jürgen Habermas, ao tratar do tema, remetem à teorização de Ronald Dworkin acerca da coerência, que admitem exercer um papel precípua nos discursos de aplicação. A respeito desse aspecto e de outros, estender-nos-emos no próximo capítulo.

## CAPÍTULO II – COERÊNCIA E INTEGRIDADE EM DWORKIN

### 2.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste segundo capítulo, dedicar-nos-emos a tecer considerações a respeito da teoria de Ronald Dworkin, que será o outro “ponto de apoio” do presente trabalho, com vistas a sustentar a análise que se empreenderá no terceiro e último capítulo. A respeito do conjunto da obra do jusfilósofo estadunidense, aduz Albert Calsamiglia:

[Para Dworkin] a tarefa da ciência jurídica não é descrever o direito “de fora”, mas sim oferecer soluções aos problemas que se apresentam. Pretende [...] construir uma teoria completa do Direito que tenha um aspecto justificador das decisões que adotam as distintas instâncias jurídicas. [...] *Para tomá-las, deve-se realizar uma tarefa de construção e justificação.* (grifamos)<sup>42</sup>

Os pontos primazes a ser abordados na seqüência serão aqueles referentes à teoria da decisão judicial do autor norte-americano, sem prejuízo de uma análise geral acerca de outros assuntos reputados de interesse. A seguir, exporemos o ataque que o autor lança contra a escola jusfilosófica do Positivismo Jurídico, como ponto de partida para o restante do capítulo.

#### 2.1.1. Crítica ao Positivismo Jurídico

Como já se referiu acima, Dworkin é contrário ao assim conhecido Positivismo Jurídico, sendo digno de destaque o fato de que um de seus grandes objetivos é lançar uma crítica a essa corrente, mormente nos termos em que Herbert Hart a postulava.<sup>43</sup>

Tendo isso em vista, buscaremos neste ponto enfocar aquelas que são, ao nosso ver, as três principais frentes da “ofensiva” de Dworkin<sup>44</sup>: a) a constatação de que, em verdade, o Direito não seria simplesmente um sistema de regras, mas que englobaria também os princípios; b) a negação da discricionariedade judicial, e a imposição de uma argumentação fundada em princípios, na decisão dos casos

<sup>42</sup> CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridade en Dworkin. *Doxa: Cuadernos de filosofia del derecho*. Alicante, n.12, p.158, 1992. Tradução livre.

<sup>43</sup> Como diz o próprio autor: “*Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário*”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.35.

<sup>44</sup> Não nos lançaremos, no entanto, neste trabalho, a digressões detalhadas a respeito das idéias e conceitos próprios desta corrente.

difíceis, com o fornecimento às partes e à sociedade de justificações conformes ao Direito; c) a afirmação da correlação entre Direito, moral e política.

#### 2.1.1.1. Direito como sistema de regras, princípios e políticas

Pode-se dizer que inicia esta crítica a partir da consideração de que haveria distintos *standards* (pautas de regulação de conduta), entre os quais haveria distinção de natureza lógica. Assim, haveria regras, princípios e políticas.<sup>45</sup> Necessário notar que os princípios podem ser compreendidos em dois níveis: um interno (ou específico), em contraposição à idéia de políticas, e outro genérico, oposto às regras. Quanto ao primeiro nível, tem-se que os princípios, especificamente considerados, dizem respeito a uma espécie de norma que tem em vista uma “exigência da justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”.<sup>46</sup> Já as políticas, como espécie de norma, estabelecem determinados objetivos (sociais, políticos, econômicos) a serem alcançados, a fim de promover o bem-estar da comunidade.

A idéia propugnada pelo Positivismo Jurídico seria do Direito simplesmente como um sistema de regras. Nesse sentido, o que será realmente importante para Dworkin, na confecção de sua crítica, será a distinção entre regras e princípios, tomados estes em sentido genérico (podendo dizer respeito a princípios ou políticas). A seguir, abordaremos brevemente cada um, a partir da lógica de sua aplicação.

As regras seguiriam, ao serem aplicadas, a lógica do “tudo ou nada”. Nestes termos, ou a regra é válida, devendo ser aplicada ao caso; ou não é válida, não devendo ser levada em consideração; ou é válida, mas há algum tipo de exceção a ser observada.

Já os princípios, em sua aplicação, possuem a dimensão de peso ou importância, o que não ocorre com as regras jurídicas.<sup>47</sup> Sua função seria de “conduzir” a decisão em um determinado sentido, mediante o fornecimento de

---

<sup>45</sup> Esta distinção também servirá de base à teoria de Dworkin acerca da integridade.

<sup>46</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p.36.

<sup>47</sup> Interessante acrescentar que a distinção entre princípios e regras não se dá pelo modo como se enunciam. Em muitos casos, a estrutura formal de um enunciado pode ser bastante parecida, mas “ela deve ser auferida por referência ao conjunto concreto de aplicação, ao conjunto das instituições da prática de determinada comunidade jurídica”. MARTINS, A.C.M. e Oliveira, C.L. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios, p.249.

razões para tanto. Ainda, em situação de conflito, a decisão levará em conta a “força relativa de cada um”, o que não significa dizer que se deve empreender “uma mensuração exata”; e, além disso, “[...] o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia”.<sup>48</sup>

Colocando a questão nestes termos, Dworkin vai de encontro à teoria de Hart acerca da regra de reconhecimento (que encontra em outros autores positivistas formulações aproximadas). Esta, conforme o último autor, consistiria em uma espécie de “norma chave” a partir da qual se realiza um “teste de *pedigree*”. Através deste se identificaria se algo é (ou não) uma regra jurídica. Tal “regra de reconhecimento” conferiria validade às regras assim identificadas, mediante a identificação de que adviriam de um processo deliberativo de instituição dotada de competência para isso. No entanto, o jusfilósofo norte-americano refuta a possibilidade de se utilizar do mesmo raciocínio quando da análise dos princípios. Neste tocante, vale reproduzir os dizeres de Lucas Borges de Carvalho:

O direito [...] não é apenas o conjunto de normas postas pela autoridade soberana segundo o procedimento previsto por outras normas. *Enquanto prática interpretativa, o direito é um conjunto de regras e princípios construídos e consolidados ao longo do tempo.* Não há uma regra de conhecimento única para se distinguir entre os princípios jurídicos e as normas de outro tipo. [...] *É somente na própria prática, no curso de extensos debates, nos quais os diversos pontos de vista se expressam e se confrontam, que o direito se afirma e se modifica.* [...] *O direito não pode mais ser compreendido como um sistema fechado e completo de normas jurídicas. Afinal, os princípios, em muitos casos, não foram postos por nenhuma autoridade específica, nem são fruto direto de alguma deliberação procedimental.* (grifamos)<sup>49</sup>

Seria possível dizer que a regra de reconhecimento “falhariá”, principalmente, no momento em que se têm em foco o que Dworkin chama de “casos difíceis”, nos quais, segundo a tese positivista, haveria abertura à discricionariedade do julgador. Considerando isto, conveniente se faz expor a crítica do autor à discricionariedade judicial, nos termos em que os partidários da corrente jusfilosófica em questão a defendem.

<sup>48</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p.42.

<sup>49</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional e democracia: Integridade e Pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007, p.46-47. A respeito da visão do Direito enquanto atividade construtiva e interpretativa, ver os pontos 2.2.1 e 2.2.2 deste trabalho.



### 2.1.1.2. Crítica à discricionariedade judicial e a correlação entre Direito e Moral

Válido apontar que Dworkin afirma dirigir suas críticas ao que chama de discricionariedade em sentido forte, sendo que a discordância se daria apenas com relação a esta; haveria outras duas acepções desse termo que perfariam um sentido fraco. Na primeira acepção, ter-se-ia uma situação em que um superior, ao dar uma ordem ao seu subordinado, define-a em termos que podem ser interpretados pelo último de formas diversas. Na segunda, quando se visualiza uma hipótese em que cabe a um funcionário tomar uma decisão em última instância, sem possibilidade de revisão ou de cancelamento por parte de outros.<sup>50</sup>

Há, dentro do Positivismo Jurídico, uma corrente que defende que, na hipótese de o juiz se deparar, na análise do caso, com situações em que não há normas preestabelecidas aplicáveis, ou seja, uma “lacuna” no direito, o que Dworkin chamaria de “caso difícil”, ele poderia decidir conforme seu “poder discricionário” (a isto corresponderia a discricionariedade “em sentido forte”). Em outras palavras, haveria diversas respostas possíveis à questão posta a julgamento, devendo o juiz escolher entre uma delas, de acordo com o que for, ao seu ver, mais apropriado; desta forma, teria um agir político, externo ao direito; estaria criando um novo direito.<sup>51</sup> E este, aliás, seria o grande problema de acatar esse posicionamento. De acordo com o autor, o julgador, ao proceder desta maneira, criaria um novo direito para, em seguida, aplicá-lo de forma retroativa, levando o perdedor da causa a ser punido pela violação de um dever criado pelo juiz após o fato.<sup>52</sup> Isto seria uma afronta inaceitável ao princípio da separação dos poderes. Isto porque, como visto, ao Legislativo cabe, precipuamente, a elaboração de normas válidas, seguindo discursos de justificação, e ao Judiciário, a identificação da norma adequada aplicável a cada caso, mediante discursos de aplicação.

Este seria um dos dois argumentos contrários à assim chamada idéia da “originalidade judicial”; o outro diria respeito ao fato de os juízes não poderem criar novas leis e direitos, isso porque não são eleitos e, desse modo, não possuiriam o respaldo da comunidade para assim agir.

---

<sup>50</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p.51.

<sup>51</sup> Isto se enquadraria no que Dworkin chama de convencionalismo, o qual resume na frase “o direito é o direito”. Ainda voltaremos a este tema no ponto 2.2.3.

<sup>52</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p.127.

À guisa de contra-argumentação, Dworkin formulará as teses dos direitos e da resposta correta, as quais, pode-se dizer, completam-se. A respeito destas, estender-nos-emos a seguir.

## 2.2. ASPECTOS DA FUNÇÃO JUDICIAL

No ponto anterior, fornecemos um panorama introdutório acerca de alguns conceitos básicos da formulação teórica de Dworkin, assim como as linhas gerais da crítica que lança ao Positivismo de Hart. Neste momento, partiremos para a análise daquelas que são, ao nosso ver, as questões fundamentais do presente trabalho: a tese dos direitos, a tese da resposta certa e o Direito como Integridade.

### 2.2.1. A tese dos direitos

Ao que nos parece, esta seria o núcleo da resposta dada por Dworkin à questão da discricionariedade judicial, aceita pelos positivistas. Tal tese tem como argumento primaz a idéia de que, nos chamados casos difíceis, as decisões judiciais devem ser fundamentadas com base em princípios (em contraposição à idéia de políticas). Quanto a essa diferenciação, afirma o autor:

Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.<sup>53</sup>

Tem-se que tais direitos individuais seriam *trunfos* ante a maioria; nesses termos, dever precípua do Poder Judiciário é a garantia de tal ordem de direitos, frente às diversas possíveis agressões. A legitimidade dos objetivos sociais expressos por meio das políticas só se sustentaria se se verificasse o respeito a tais direitos. Assim, como consequência dessas considerações, pode-se dizer que uma argumentação baseada em princípios é muito mais sólida e difícil de se refutar que uma baseada em políticas.

O aspecto mais importante a ser destacado, no entanto, e que colidirá frontalmente com as teses positivistas, advirá do seguinte: enquanto os positivistas afirmam que há uma separação rígida entre os campos do direito e da moral,

---

<sup>53</sup> DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*, p.141.

Dworkin coloca que, ao lado dos direitos legais, há direitos morais, sendo que os primeiros nem sempre devem prevalecer quanto aos últimos. Nesses termos, é possível dizer que o autor defende a existência de uma correlação, uma interligação entre direito, moral e política, mesmo porque o conteúdo dos princípios, os quais possuem um papel precípuo na tese dos direitos, sempre acabaria remetendo a uma argumentação “situada” no campo da moral.<sup>54</sup> Com base neste ponto de vista, afirma Lucas Borges de Carvalho, reforçando-o, que seria “impossível ‘cercar’ ou demarcar, com precisão, o campo jurídico. *Afinal, dizer o que é o direito exige uma referência à moralidade política*” (grifamos).<sup>55</sup>

Sintetiza Albert Calsamiglia a respeito da tese dos direitos de Dworkin:

O esquema utilizado por Dworkin para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais. Poderia ser sintetizada do seguinte modo: A) Em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; B) Existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem cabe vencer; C) Este direito a vencer existe sempre, ainda que não exista norma exatamente aplicável; D) *Nos casos difíceis o juiz deve conceder vitória a uma parte baseando-se em princípios que lhe garantem o direito*; E) Os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que o fundamentam; F) *O juiz - ao fundamentar sua decisão em um princípio preexistente - não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: se limita a garanti-lo.* (grifos nossos)<sup>56</sup>

Nada obstante seja tal tese objeto de diversas críticas, parece-nos ser meio adequado para encarar as questões ora comentadas, podendo o apoio à tese da discricionariedade judicial levar ao gravame já mencionado: a “legislação” com efeitos retroativos por parte do juiz. E isso seria inadmissível. O juiz não pode ter esse poder “inventivo” de direitos e interpretações.

O autor, então, formulará, como meio de viabilizar esta sua tese dos direitos, a tese da resposta correta, objeto do próximo subponto.

### 2.2.2. A tese da resposta certa

Pode-se dizer que esta formulação – a tese da resposta certa – pode ser tomada como decorrência da tese dos direitos. Partindo da idéia de argumentos de

<sup>54</sup> Veja-se o primeiro capítulo, no qual tecemos considerações a respeito das idéias de Klaus Günther sobre a idéia de argumentações morais.

<sup>55</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.47.

<sup>56</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Ensaio sobre Dworkin (apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin, “Taking rights seriously”). Tradução de Patrícia Sampaio. In: DWORKIN, Ronald. *Derechos en serio*. Barcelona: Editora Ariel, 1984. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)>. Acesso em 28/07/2008.

princípio, de certo modo complementa os argumentos de Dworkin na crítica à idéia de discricionariedade judicial. Ao contrário desta, que afirma a inexistência de resposta correta nos casos difíceis, caracterizados por uma situação de incerteza que levaria à possibilidade de o juiz dar a solução que lhe aprouver, o autor norte-americano argumenta que há, sim, uma resposta correta para os casos difíceis. E isto ainda que não haja regras a princípio aplicáveis, uma vez que o sistema jurídico é composto por regras e princípios.

Com relação a este aspecto, a questão semântica, ou seja, do significado das palavras, exerce um papel destacado, mormente em se tratando dos casos difíceis, nos quais não se chega a um consenso a respeito dos parâmetros a partir dos quais as partes de um litígio estruturam suas pretensões. Tal problema poderia ser “contornado” por meio do recurso à interpretação, em especial dos princípios. Nestes o juiz identificará, *de maneira interpretativo-construtiva*, o direito das partes.

No entanto, dado o conteúdo essencialmente moral dos princípios, o que atestaria sua mutabilidade, e a ausência de uma hierarquização padronizada dos mesmos, tem-se que as interpretações a respeito de um mesmo caso podem ser divergentes, com o mesmo princípio podendo vir a fundamentar decisões até mesmo opostas. Não há um processo linear e definido que conduza a tal resposta certa.

Analisando a questão sob este enfoque, não se nega a existência de divergências entre os juristas, afastando eventual impressão que se possa ter ao se deparar com a tese da resposta correta. Importante ressaltar, aliás, que a argumentação em prol desta tese parte do ponto de vista do *participante* da prática jurídica. Nestes termos, tendo em conta um processo judicial, as partes defenderão suas visões como as mais corretas, e o juiz, ao proferir sua sentença, baseará seu posicionamento naquela que considera a interpretação correta para a questão objeto da controvérsia, com os melhores fundamentos jurídicos, morais e políticos.

Alguns, então, levantariam o problema da falta de objetividade dessa formulação. No entanto, questiona-se: o que seria a objetividade? Como seria possível dizer se determinada proposição jurídica é objetivamente verdadeira ou falsa? Parece-nos que não há como fazê-lo. Afirma Lucas Borges de Carvalho que tal discussão seria falaciosa, pois “ignora o modo pelo qual se travam as

divergências jurídicas”, completando que “somente critérios da própria prática podem determinar se uma proposição é ou não verdadeira”.<sup>57</sup>

O mesmo autor realiza uma síntese do que propõe Dworkin com a tese da resposta certa, nos seguintes termos:

[...] a resposta correta não é fruto de algum padrão imutável ou externo à prática jurídica. Ao contrário, encontra-se na própria prática. É a história de uma comunidade e a moralidade substantiva construída e afirmada ao longo do tempo que fornecem padrões obrigatórios e coercitivos sobre a atividade dos juízes. Acrescente-se a isso a exigência de justiça decorrente do necessário respeito aos direitos enquanto trunfos políticos fundados na dignidade humana e na igualdade de consideração e respeito. Nessa perspectiva, mesmo nos casos difíceis, as partes têm direito a uma decisão judicial que ofereça a melhor interpretação possível das normas e princípios em jogo.<sup>58</sup>

Necessário à adequada compreensão da tese da resposta correta se faz compreender a idéia da corrente do direito (*chain of law*). A respeito desta, antes de tecer quaisquer outras considerações, devemos notar que sua premissa básica é a da consideração do *Direito como um exercício de interpretação construtiva*, a exemplo das referências pontuais a isto já feitas neste capítulo.

Mas o que se quer dizer com essa afirmação, de que o Direito é um exercício de interpretação construtiva? Tem-se que o ponto de partida para se chegar a isto seria a averiguação acerca da natureza das questões jurídicas.<sup>59</sup> Os positivistas, nesse sentido, tentam diferenciar o papel do cientista daquele dos demais “práticos” do Direito, após a busca de uma rigorosa delimitação dos contornos semânticos do Direito. Assim, o papel do cientista seria descritivo, no sentido de emitir juízos de fato a respeito daquilo que se encontra expresso nas leis (que, em última análise, seria o Direito), enquanto que os práticos, em especial os juízes, ao decidirem casos difíceis, emitiriam juízos de valor, externos, portanto, ao Direito. No caso específico dos magistrados, estariam exercendo sua discricção.

No entanto, a idéia que nos parece mais adequada é aquela de que a discussão se dá não após a busca de um consenso sobre tais limites, mas sim *sobre o conteúdo e os fundamentos do Direito*; em última análise, contrapõem-se interpretações a respeito do caso.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.57.

<sup>58</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.58-59. Notemos que tal tese recebe críticas das mais diversas; para uma análise apurada acerca das mesmas, ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, capítulo 5.

<sup>59</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.218.

<sup>60</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.40-41.

Explicitada a premissa, prossigamos com a exposição da *chain of law*. Ao iniciar suas considerações acerca do tema, Dworkin afirma que é possível obter uma melhor compreensão do Direito através do estabelecimento de uma comparação entre a interpretação jurídica e a interpretação em outras áreas do saber, em especial a literatura,<sup>61</sup> ao trazer o campo jurídico o que chama de “hipótese estética”. Em síntese, poderíamos colocar que tal hipótese tem como cerne a idéia de buscar a leitura do texto que o mostre como a melhor obra de arte.<sup>62</sup> Privilegia-se, como constante da citação acima, a visão do intérprete.

Haveria, apesar disso, uma distinção, não absoluta, entre os papéis do artista e do crítico. Segundo Dworkin, enquanto o primeiro não cria sem interpretar, o segundo cria enquanto interpreta. Entretanto, esta distinção pode-se tornar problemática em alguns casos. O autor, à guisa de demonstração disto, trabalha uma hipótese bastante peculiar, a qual também servirá à explicação de sua teoria da corrente do direito. Parte-se de situação em que se imagina a construção de um texto por vários autores, formando um único romance, o qual, no entanto, nunca chegaria a um final. Pode-se falar em uma espécie de “romance em cadeia”. Realizar-se-ia um sorteio, para definir que autor começaria a escrever o romance. Assim, aquele que escrevesse o primeiro capítulo enviá-lo-ia, após concluir seu trabalho, ao segundo autor, que, por sua vez, após terminar sua incumbência, enviaria os dois capítulos ao terceiro, e assim por diante. À exceção do primeiro, os demais teriam uma incumbência dupla, ou seja, interpretar (os escritos dos autores anteriores, a fim de lhes aferir o sentido) e criar (no sentido de trazer algo com um novo sentido, guardando, no entanto, uma necessidade de adequação com o que já foi produzido até então).<sup>63</sup> Em outras palavras, o que se espera é que “os romancistas assumam sua responsabilidade seriamente e reconheçam o dever de criar, tanto quanto puderem, um romance *único, integrado* [...]” (grifamos),<sup>64</sup> isto sem prejuízo de eventuais discordâncias entre os autores. Aí residiria o sentido da

---

<sup>61</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.217.

<sup>62</sup> Quanto a este aspecto, argumenta Vera Karam de Chueiri: “o exercício literário em questão deve ser tomado em um determinado sentido que é o da *hipótese estética*, já que, tanto na literatura quanto no direito, não existe uma unanimidade acerca do que é a interpretação. Vale dizer, a interpretação de um trecho literário busca mostrar qual sentido de leitura do texto o revela como a melhor obra de arte”. In CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade*: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM Editora, 1995, p.96. Ver quanto ao tema, também, DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.221-229.

<sup>63</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.236.

<sup>64</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.237.

*coerência*. O autor faz, então, uma analogia entre a situação acima descrita e o ato de julgar, especialmente nos casos difíceis. Vale reproduzir suas palavras:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. [...] Cada juiz [...] 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 coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, 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 uma nova direção.<sup>65</sup> (grifos no original)

Tal coerência, na interpretação empreendida pelos julgadores e pelos tribunais, adquire um papel de muito destaque, ao ponto de poder ser dita critério de validade do próprio Direito, enquanto prática interpretativa.<sup>66</sup> Avulta, em decorrência dessa visão, a importância dos precedentes (os “capítulos anteriores do romance”). A partir da análise desses precedentes, o juiz veria os princípios que melhor expressam o “espírito” da comunidade, a fim de decidir o caso.

Considerando o que foi dito até aqui, vale ressaltar, mais uma vez, a importância dos argumentos de princípio para a tese da resposta correta. Em um caso difícil, a interpretação dos argumentos diversos se dá visando à identificação de qual deles se apóia no melhor princípio. A interpretação é, assim, criativa, no sentido de que impõe um propósito à prática jurídica objeto da interpretação. Lucas Borges de Carvalho coloca a questão de maneira muito apropriada:

Dworkin aponta que na interpretação jurídica, nas decisões judiciais e nas divergências em geral o que está em jogo são os propósitos, convicções e crenças *dos próprios intérpretes* (grifo no original). *A interpretação jurídica é, nesse sentido, sempre criativa, ou, mais precisamente, construtiva.* [...] *Daí não decorre [...] que o intérprete tenha liberdade total para criar os sentidos e defender quaisquer propósitos que lhe pareçam convenientes; [...] [encontra-se] adstrito a um grande número de forças que tornam determinadas interpretações inaceitáveis e até absurdas aos olhos da comunidade em geral.*<sup>67</sup> (demais grifos nossos)

<sup>65</sup> DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*, p.237-238.

<sup>66</sup> Vale ressaltar a necessária observância, nesse processo interpretativo, das chamadas dimensões de ajuste e de valor. Quanto à primeira, tem-se que “a interpretação deve ajustar-se às linhas gerais do texto; deve ter um poder geral de explicação”; através da segunda, “o escritor julgará quais destas leituras torna o trabalho (a obra de arte) melhor”. CHUEIRI, V.K. *Filosofia do Direito e Modernidade*, p.99. Nada obstante tais observações sejam colocadas quanto à interpretação no campo artístico, são aplicáveis também àquela da prática jurídica, na busca da resposta correta.

<sup>67</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.42-43.

Por fim, necessário ressaltar que, em tais casos de conflito de princípios, a teoria política a qual o juiz subscreve servirá de substrato de sua decisão. E a melhor teoria do Direito, para Dworkin, seria aquela do Direito como Integridade (*Law as Integrity*), uma vez que seria, ao seu ver, a que melhor se ajusta à idéia de democracia.

### 2.2.3. O Direito como Integridade

Em se tratando do Direito como Integridade, enquanto concepção interpretativa do Direito, podemos partir de duas perguntas, a fim de prosseguir na análise que estamos a empreender: a primeira, a respeito do modo como o passado determina o presente; e a segunda, acerca da justificação da coação por parte do Estado.<sup>68</sup> Em contraposição à concepção de integridade, segundo Dworkin, haveria aquelas do convencionalismo e do pragmatismo.

Para os adeptos do Convencionalismo, que adviria do Positivismo Jurídico, a prática jurídica deve sempre guardar observância às convenções estabelecidas no passado (mormente as leis e os precedentes). Em resumo: as convenções seriam o único fundamento do Direito. Haveria uma cisão nesta corrente, a qual se dividiria em Convencionalismo “forte” e Convencionalismo moderado. Enquanto os seguidores da primeira subcorrente, a qual tem em Kelsen um de seus principais expoentes, afirmam que o Direito sempre terá uma resposta para o caso, devendo o juiz, ao não identificar direito aplicável, rechaçar a demanda,<sup>69</sup> aqueles que subscrevem a segunda subcorrente, centrada nas idéias de Hart, afirmam que,

---

<sup>68</sup> Assim introduz a questão Albert Calsamiglia. Ver CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.161-162.

<sup>69</sup> A respeito da postura dos juízes conforme Kelsen, afirma Vera Karam de Chueiri: “it seems that for Kelsen the meaning of legal statement is fixed and all hermeneutic difficulties were discussed and solved in the process of legislative enactment. Thus, the judge has to be concerned with the objectivity of the law’s command putting aside any subjective moral consideration such as the justice or the injustice of his decision. Despite wearing a black robe, that is, being an officer of the system, the judge acts as an external observer whose task is merely explanatory and paradoxally not judgemental. In other words, for Kelsen the judge’s responsibility (his answer or decision) in enforcing the law is formally an attitude of an insider to the system but substantially he acts as an outsider, that is, as someone who knows the law and from this cognitive standpoint, applies it. (...) A kelsenian judge applies the law as if he was before it, not within it”. CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the Law: philosophy and literature (the experience that which one cannot experience)* (Franz Kafka, Ronald Dworkin, Jacques Derrida). Ann Arbor, UMI: 2005, p.169-170. Apud TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.47.



nessa mesma situação, não há limites que o juiz deva seguir, podendo decidir discricionariamente.<sup>70</sup>

Já o Pragmatismo reza que o juiz não deve se encontrar “amarrado” às convenções do passado, uma vez que deve atender a um ideal de justiça, visando ao bem estar social. A idéia central é a de que as decisões judiciais devem sempre levar em consideração objetivos sociais; nesse sentido, mirariam apenas ao futuro da comunidade, sem guardar qualquer necessidade de observância e consistência com relação ao passado, e até mesmo com os direitos individuais, na medida em que possa redundar em alguma espécie de prejuízo à comunidade. Às convenções só se guarda observância se for útil à consecução do fim maior, que é o progresso da comunidade; assim, o Pragmatismo tem como cerne questões de eficiência.<sup>71</sup>

No entanto, nem esta nem a concepção anterior devem ser consideradas aceitáveis, porque

não levam os direitos a sério. Ademais, dotam o juiz de um poder criativo do direito sem legitimação suficiente. O *convencionalismo* – ao admitir a discricção judicial – e o *pragmatismo* – ao perseguir o resultado mais justo – violam alguns princípios fundamentais da sociedade democrática, como o são a irretroatividade das leis, a segurança jurídica, a certeza do direito e a inalienabilidade dos direitos. Nenhum bem-estar coletivo, tampouco um resultado coletivo benéfico pode fundamentar a violação de um direito. Os direitos triunfam frente ao bem-estar coletivo.<sup>72</sup> (grifamos)

Passemos, então, a uma análise mais detida acerca do Direito como Integridade, que seria, ao nosso ver, o meio mais adequado de responder às questões colocadas.

Tem-se, então, que Dworkin parte da indicação, inicialmente, de três virtudes políticas, sobre as quais se basearia a filosofia política moderna e se assentariam os Estados Democráticos, a saber: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. É de se acrescentar, também, que tais virtudes exercem papel primaz na

---

<sup>70</sup> A respeito disto, comenta Albert Calsamiglia (em tradução livre): “o direito se encontra nas convenções do passado. O passado determina o presente. O valor subjacente está claro. A fidelidade à lei supõe a garantia da segurança jurídica. O convencionalismo estrito responde que o passado sempre determina o presente, enquanto que o convencionalismo moderado [no qual se enquadraria Hart] [...] reconhece a discricionabilidade judicial para o caso em que não exista convenção”. CALSAMIGLIA, A. El concepto de Integridad en Dworkin, p.161.

<sup>71</sup> TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.77-78.

<sup>72</sup> CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.163. Tradução livre. Não nos estenderemos na análise dessas concepções em nosso trabalho. Tratamento pormenorizado é conferido aos temas em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulos IV e V.

legitimação do Direito e das instituições políticas. Vejamos de que consiste cada uma delas.

Quanto à equidade, tem-se que esta diz respeito à adequada distribuição do poder político. Assim, trata-se de estabelecer os procedimentos necessários para viabilizar isto, a fim de que todos possam, de maneira igual, participar das decisões políticas. “Uma das especificações mais relevantes do princípio da equidade é a de que cada um deve contar como um, e nada mais que isso [...]. O princípio de dar a cada pessoa um voto é um princípio eqüitativo”.<sup>73</sup>

A justiça diz respeito ao conteúdo e ao resultado de tais decisões tomadas, que devem garantir uma equânime distribuição de recursos e também proteger direitos, seja o procedimento adequado ou não.

O devido processo legal adjetivo, por sua vez, referir-se-ia a procedimentos adequados para julgar eventuais infrações às leis estabelecidas pelos procedimentos políticos.

Vale novamente ressaltar, a respeito das virtudes da equidade e da justiça, a distinção conceitual entre elas: enquanto a primeira diz respeito aos procedimentos e à imparcialidade, a segunda refere-se aos resultados. Deve-se fixar bem esta diferença, uma vez que, muitas vezes, por meio de um procedimento eqüitativo, pode-se chegar a decisões injustas e, por meio de procedimento não-eqüitativo, chegar a decisões justas.<sup>74</sup>

Trabalhem alguns exemplos. Pensemos a seguinte hipótese: parlamentares recém-empossados aprovam lei que perdoa sanções aplicadas pela justiça eleitoral, em função de fraudes ou quaisquer irregularidades, aos candidatos eleitos.<sup>75</sup>

Fica claro que, na situação posta, há algo que destoa. Mais especificamente, tem-se que a equidade é observada, no sentido de o procedimento ser seguido nos termos da lei, a qual foi legitimamente estabelecida. No entanto, o resultado é essencialmente injusto, contrário aos princípios constitucionais vigentes.

Vejamos uma outra situação hipotética. Imaginemos uma situação em que três rapazes e uma moça decidem constituir uma sociedade desportiva. Cada um possui a mesma participação no capital social, e todos possuem direito a voto com igual peso, sendo que as decisões são tomadas por maioria. Ocorre que, após uma

---

<sup>73</sup> CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.164. Tradução livre.

<sup>74</sup> DWORKIN, R. *O Império do Direito*, p.214 e seguintes. Ver também CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.164 e seguintes.

<sup>75</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.61.

votação, a fim de definir os regulamentos da sociedade, os três rapazes votam por excluir o direito da moça de usufruir das instalações. Tem-se que o procedimento foi equitativo, mas a decisão foi flagrantemente injusta. Poder-se-ia imaginar uma outra situação, na qual um dos rapazes, então, “monocraticamente”, determinasse que a moça teria o igual direito a utilizar as instalações da sociedade.<sup>76</sup> Assim, tem-se procedimento não-equitativo, que, no entanto, levou a decisão justa.

Nesse sentido, resta-nos claro que apenas um procedimento equitativo pode, muitas vezes, não ser suficiente, sendo necessária também a persecução da justiça das decisões. Como consequência disto, como já se argumentou alhures, podemos colocar que o princípio majoritário não pode prevalecer, se provoca a supressão dos direitos das minorias. Não é por outra razão que os direitos individuais são *trunfos* frente à maioria, sendo a garantia dos mesmos primaz nos Estados Democráticos.

Em vista de tal problemática, Dworkin acrescenta a tais virtudes uma quarta, qual seja, aquela da Integridade. Note-se que tal idéia vem da experiência cotidiana, quando se diz, por exemplo, que certa pessoa é íntegra, no sentido de pautar suas condutas em convicções, *princípios*, os quais sustenta, sem abandoná-los, ainda que não lhe resultem em benefício que outra postura frente a uma situação poder-lhe-ia proporcionar. O que o autor faz é transportá-la ao Direito e à política. Fala-se, então, na integridade como princípio legislativo e como princípio jurisdicional.<sup>77</sup> Importa salientar: a Integridade, enquanto princípio, impõe um modo peculiar de ver os demais ideais políticos.

Em outras palavras, pode-se dizer o seguinte: é necessário que a argumentação jurídica seja construída de forma integrada com o Direito existente. Assim, podemos definir a Integridade como

*um ideal político derivado da igualdade de todos perante a lei, isto é, do princípio segundo o qual os governos devem tratar os cidadãos com igual consideração e respeito. Em apreço a esse importante ideal, o Estado deve agir coerentemente, fundamentando suas decisões com base na melhor interpretação do sistema jurídico – Constituição, leis, decisões estatais anteriores – e dos princípios públicos de justiça a ele subjacentes.*<sup>78</sup>  
(grifamos)

<sup>76</sup> CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.165.

<sup>77</sup> “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. DWORKIN, R. *O Império do Direito*, p.213.

<sup>78</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.63.

Ressalte-se o caráter independente da integridade enquanto virtude política. Considerando isto e as possíveis situações de conflito entre equidade e justiça, tem-se que essas duas virtudes podem ser sacrificadas em nome da integridade.<sup>79</sup>

Cabe, assim, tomando a integridade com relação à atividade jurisdicional, notar o papel de destaque conferido pelo autor norte-americano à idéia da *corrente do direito*, já abordada neste trabalho. Segundo esta, em resumo, um juiz, em procedimento análogo àquele de um escritor em um *romance em cadeia*, deve proferir decisão que possa se integrar ao sistema do qual advém, mormente quanto às decisões anteriores (precedentes). Poder-se-ia questionar, no entanto, que isto seria uma prática essencialmente conservadora, uma vez que prenderia o juiz à mera repetição de decisões passadas. Contra-argumentando, faz-se necessário considerar que tal idéia de coerência não é algo absoluto, ou seja, algo que imponha tal simples repetição. Nesse sentido, em observância ao princípio de integridade, o respeito às decisões do passado só se deve verificar na medida em que efetivamente expressem os princípios que a comunidade subscreve. De outro modo, caso se ateste a ausência de tal correspondência entre o que subjaz aos precedentes e os princípios comunitários, não há o que obrigue à sua observância: “podem ser vistas como decisões equivocadas e, portanto, podem ser abandonadas”.<sup>80</sup>

Assim, o Direito como Integridade, enquanto aquela concepção interpretativa do Direito que aceita a integridade como ideal político, pressupõe, para sua realização, a existência de uma *comunidade* que possua um compromisso com os quatro ideais políticos descritos,<sup>81</sup> a qual seria, inclusive, possuidora de uma personalidade própria, distinta daquelas dos indivíduos que a compõem.<sup>82</sup> Neste sentido, poder-se-ia considerá-la um agente moral, que possui princípios próprios,

---

<sup>79</sup> DWORKIN, R. *O império do Direito*, p.215. Ver também CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.64.

<sup>80</sup> TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde*, f.33.

<sup>81</sup> Isso em termos de uma “concepção coletiva coerente de justiça”, para a consecução de uma concepção de “justiça institucional”. Nesses termos, as leis a serem confeccionadas não podem fugir a isto, sob pena de comprometer a legitimidade da coação estatal. CALSAMIGLIA, A. El concepto de integridad en Dworkin, p.167. Ademais, vale citar os dizeres de Klaus Günther nesse tocante: “assim como o indivíduo se esforça para viver de modo coerente, a comunidade política está obrigada a justificar coerentemente cada uma das suas decisões, à luz dos princípios aceitos por ela, e não de agir em casos iguais segundo princípios diferentes”. GÜNTHER, K. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral...*, p.408.

<sup>82</sup> “Uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva”. DWORKIN, R. *O império do Direito*, p.228.

os quais, entretanto, podem ser diferentes daqueles de seus integrantes, individualmente considerados. Cumpre tecer algumas considerações a este respeito, a fim de lançar luz ao ponto, dadas as recorrentes menções, neste trabalho, à idéia de comunidade.

O autor afirma que haveria três modelos de comunidade.<sup>83</sup> Resumidamente, o primeiro consistiria de uma *associação de fato*, em que os seus membros a tratam como uma espécie de “acidente”. Como exemplo, teríamos a associação entre dois naufragos que se encontram isolados numa ilha. Tem-se que, em verdade, convivência entre os associados é tomada como algo que lhes é imposto por circunstâncias alheias aos seus desígnios.

O segundo, o qual Dworkin chama de *comunidade de regras*, toma em conta o caso em que os componentes da comunidade se comprometem a obedecer regras estabelecidas de uma determinada forma, a qual lhe é peculiar. No entanto, tal compromisso não é visto como decorrentes de princípios que lhes são subjacentes. Neste sentido, não são os princípios aceitos como fontes de obrigação, apenas as regras. O Direito é tomado como o resultado de um *acordo* entre vontades antagônicas, seguido meramente por dever, e não como um compromisso, baseado em princípios, a ser por todos seguido.

Por fim, tem-se o modelo da *comunidade de princípios*. Neste, as pessoas que o integram possuem um ponto de vista mais abrangente, uma vez que “aceitam que são governadas por *princípios comuns*, e não apenas por regras criadas por um acordo político”<sup>84</sup> (grifamos). Em outras palavras, reconhecem que suas obrigações não advêm apenas de tais regras, identificadas em determinadas convenções, mas também dos princípios construídos ao longo da história e da vivência da comunidade.

Para Dworkin, apenas a comunidade que se enquadrasse neste modelo corresponderia a uma *verdadeira comunidade*,<sup>85</sup> seria a única em que as virtudes

---

<sup>83</sup> Para uma exposição detalhada, ver DWORKIN, R. *O império do Direito*, p.251 e seguintes.

<sup>84</sup> DWORKIN, R. *O império do Direito*, p.254.

<sup>85</sup> Para que se possa dizer que determinada associação é uma comunidade verdadeira, Dworkin coloca determinados requisitos que as obrigações da comunidade devem atender, partindo das idéias de fraternidade e reciprocidade. Nas palavras de Vera Karam de Chueiri: “primeiro, devem ver as obrigações do grupo como especiais e internas, quer dizer, distintamente sustentadas dentro do grupo e não como deveres gerais igualmente atribuídos às pessoas estranhas a ele. Segundo, devem aceitá-las, também, como responsabilidades pessoais que se dirigem de um membro a outro do grupo e não somente a este como um todo. Terceiro, devem ainda ser consideradas as mesmas como decorrentes de uma responsabilidade mais geral que cada um tem de respeito ao bem-estar dos outros e, quarto, devem, finalmente, supor que as práticas do grupo demonstram não somente

políticas poderiam ser efetivamente observadas, com especial destaque à integridade, enquanto virtude fundamental.

Encaminhando-nos ao final do capítulo, há algo necessário a se notar, remetendo também ao início deste subponto: a busca de possíveis respostas a essas questões leva em consideração o modo de se ver a distinção entre Direito e moral, conforme se sinalizou no primeiro capítulo. Tendo em vista, como já se afirmou em repetidas ocasiões até o momento, tal caráter *interpretativo-constutivo* do Direito, a concepção do Direito como Integridade reafirma a correlação entre Direito e moral, no sentido da necessária justificação moral do uso da força no processo de aplicação do Direito.<sup>86</sup> Neste momento, então, retornando a tal aspecto, teceremos algumas considerações acerca do que diz Dworkin a respeito.

Para tanto, dever-se-ia partir de uma diferenciação entre duas “espécies” de integridade.<sup>87</sup> Vista sob a primeira perspectiva, chamada *inclusiva*, implicaria na exigência de que o intérprete leve em consideração, em vista de limites institucionais, todas as virtudes políticas de maneira consistente, coerente. Vale dizer, considerando que as mesmas podem não raro colidir entre si, o intérprete deve levar a cabo sua tarefa sem privilegiar qualquer uma das demais em detrimento das outras, tomando-as em conta de modo proporcional.

Sob um segundo ponto de vista, passa-se a um viés abstrato, até mesmo utópico, em que se passa a pensar as questões levando em consideração apenas a exigência de justiça substantiva. Seria o que Dworkin chama de *integridade pura*. Assim, abstrair-se-iam as demais virtudes políticas, a fim de pensar o Direito a partir apenas de “uma visão coerente de princípios de justiça”.<sup>88</sup>

Assim, tal distinção evita que se confundam Direito e moral. Enquanto a primeira perspectiva de integridade determinaria o “Direito das autoridades públicas”, a segunda guardaria relação direta com a comunidade personificada. É neste sentido que argumenta Lucas Borges de Carvalho:

---

respeito mas igual respeito a todos os membros” (grifos no original). CHUEIRI, V.K. *Filosofia do Direito e Modernidade*, p.126-127.

<sup>86</sup> CHUEIRI, V.K. *Filosofia do Direito e Modernidade*, p.108-109.

<sup>87</sup> Para mais a esse respeito, ver DWORKIN, R. *O império do Direito*, p.482-486, e CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.64-66.

<sup>88</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.64. O autor ainda colocaria que a necessidade de uma interpretação coerente com relação aos princípios da equidade e do devido processo seria o “freio” imposto pela integridade inclusiva à concepção de justiça. Já em sua concepção pura, a integridade teria como fim a busca pelo aperfeiçoamento da prática jurídica.

O que essa distinção mostra é que moral e direito não se confundem, pois a interpretação jurídica, por mais que se ampare e dependa de princípios morais, é circunscrita por restrições institucionais. [...] As duas faces da integridade, portanto, representam e conectam em uma noção-chave as duas faces fundamentais do direito: a face institucional e a face moral. Ou, ainda, em termos de teoria do conhecimento, a integridade é a ponte que liga a teoria do direito à teoria da justiça.<sup>89</sup>

Adotando esses pontos de vista, ou seja, da *comunidade de princípios* e das diferentes perspectivas da integridade, temos que as perguntas colocadas ao início seriam respondidas da maneira mais convincente. Podem-se, assim, não obstante o próprio autor reconheça que determinada associação reconhecida como uma comunidade de princípios não é automaticamente justa, considerá-los como os melhores argumentos em prol tanto do respeito à história institucional quanto da legitimidade do exercício de coação por parte do Estado. Pode-se afirmar: maior será a legitimidade do Estado e das decisões de seus agentes na medida em que se guarde observância à integridade, tanto no sentido da orientação das práticas institucionais quanto de virtude política fundamental, incorporada aos ideais políticos da comunidade.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.65.

<sup>90</sup> CARVALHO, L.B. *Jurisdição constitucional e democracia*, p.66.

## CAPÍTULO III – PENSANDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Nos capítulos anteriores, dedicamo-nos a expor, objetivando o máximo de clareza possível, alguns temas atinentes à Filosofia do Direito, mormente reflexões acerca da atividade judicante, em particular sob o enfoque de autores como Klaus Günther, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Tais reflexões têm o condão de provocar uma grande alteração no modo de *encarar/produzir/construir* as decisões e pronunciamentos judiciais (ou seja, a aplicação do Direito).

Exemplo disso são as idéias referentes à distinção entre discursos de justificação e aplicação (este último o que seria empreendido pelos juízes no exercício de suas atividades) e a concepção de integridade e seus desdobramentos. Analisando o tema com base nas mesmas, encontramos oportunidade para confrontá-las com outras visões que são tradicionalmente reproduzidas nos meios acadêmicos sem maior reflexão, e que se tornam arraigadas entre aqueles que lidam com o dia-a-dia do Direito.

É de se notar que tais idéias têm implicações ainda maiores quando passamos a focar a Jurisdição Constitucional, uma vez que esta consiste na instância maior de solução de questões constitucionais, e que as interpretações dadas pelos órgãos responsáveis em resposta àquelas deverão ser observadas por toda a comunidade. No entanto, tal papel das chamadas “Cortes Constitucionais” (às quais o equivalente brasileiro é, poder-se-ia dizer, o Supremo Tribunal Federal) é objeto de inúmeras controvérsias, identificando-se a maior no controle de constitucionalidade. A crítica se dá principalmente no sentido de que se atribuiria a tais Cortes a condição de um “poder constituinte permanente”, adentrando as competências legislativas e corrompendo o princípio da divisão de poderes. Consideramos válido tecer algumas considerações adicionais a respeito disso.

Habermas, considerando a crítica que mencionamos acima, busca explicar a transferência dessa função, a qual, em tese, deveria ser de autocontrole por parte do Legislativo, aos órgãos de Jurisdição Constitucional, recorrendo à idéia dos Direitos Fundamentais, na medida em que estes antecedem o próprio processo legislativo.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> PONTES, S.R. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial*, f.105.



Tal afirmação cresce de sentido se pensarmos que as decisões das Cortes Constitucionais são, em sua grande maioria, fundadas em argumentações de princípios. É de se lembrar o caráter interpretativo-constutivo do Direito, na esteira do escólio de Ronald Dworkin, que, aqui, assume importância precípua.<sup>92</sup>

Considerando nestes termos a problemática, ressurgiria a questão dos paradigmas aos quais já nos referimos (Estado Liberal, Social e Democrático de Direito). Assim, também o modo de encarar a Jurisdição Constitucional seria afetado, conforme o paradigma adotado, valendo as mesmas críticas já feitas em partes anteriores. Assumirá relevo maior, no entanto, a crítica à concepção do Estado Social (que Habermas chamará de republicana) acerca dos Direitos Fundamentais.

Isto porque, como já foi dito, os adeptos de tal concepção equiparam princípios e valores. Neste sentido, acabam por aproximar as atividades legislativa e judicial, o que é indevido, ainda mais em sede das decisões jurídico-políticas de mais relevo para a comunidade. Tal situação faz com que a Justiça venha a possuir competências legislativas sem, no entanto, ter legitimação democrática para tanto. Ainda, considerando nesses termos, a chamada “Jurisprudência dos Valores” acaba gerando um quadro de irracionalidade, uma vez que permite a análise dos Direitos Fundamentais segundo critérios de prejuízo e utilidade, ao conferir às argumentações de adequação um caráter teleológico, e não deontológico.<sup>93</sup> A respeito do modo como Habermas encara a atividade das Cortes Constitucionais, sintetiza Silva Regina Pontes:

[...] a Corte mobiliza o conjunto de razões que inspiraram o Legislador e os analisa à luz dos princípios de Direito, de tal sorte que, *tendo sempre presente seu caráter deontológico*, não desenvolva ela mesma, em prol de fins metajurídicos, o sistema de direitos, [...] [e não] violente o princípio da separação dos poderes, tornando-se uma segunda instância política.<sup>94</sup>  
(grifamos)

<sup>92</sup> Gisele Cittadino, seguindo Habermas, em comentário à questão, afirma que, apesar do caráter essencialmente criativo da interpretação constitucional, não haveria ameaça à separação de poderes, uma vez que o mesmo faz parte de qualquer processo hermenêutico. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.212.

<sup>93</sup> PONTES, S.R. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial*, f.107-108.

<sup>94</sup> PONTES, S.R. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial*, f.109. A mesma autora coloca, ainda, que, com relação ao controle abstrato de constitucionalidade, de acordo com Habermas, “o papel da Corte consiste em preservar a forma indisponível do Direito que reside na idéia fundamental de *liberdade* e de *igualdade*. Assim, à Corte compete efetuar uma leitura da norma impugnada à luz de tais princípios basilares” (f.110). Completa, por fim, afirmando que “à Corte Constitucional competiria zelar pela formação da (sic) uma vontade democrática inclusiva, considerando os não

Assim, parece-nos correto afirmar, tal qual o faz Marcelo Cattoni, que a tarefa primaz da Jurisdição Constitucional, especialmente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, seria a “garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos”, sendo que a mesma se desdobra em outras duas perspectivas: da garantia do devido processo legislativo democrático (consistente na abertura dos discursos legislativos de justificação de normas) e do devido processo constitucional (no sentido da consideração da imparcialidade e da adequabilidade nos discursos judiciais de aplicação).<sup>95</sup>

Menelick de Carvalho Netto critica o modelo de ponderação, nos termos em que é formulado por Robert Alexy, e que encontra larga repercussão na doutrina e jurisprudência brasileiras, por levar à crença de que são necessárias novas leis e cada vez mais reformas da Constituição (as quais já contabilizam um número absurdamente elevado), quando, em verdade, o problema seria o da falta de aplicação das normas. Coloca, então, o seguinte questionamento, o qual consideramos digno de reprodução:

Será que vinte anos de uma constituição, *em grande medida carente de efetivação*, e um número estonteante de emendas constitucionais aprovadas ainda não foram capazes de nos ensinar que o nosso problema não é o da ausência de normas, *mas o de levá-las a sério*, o de buscar torná-las críveis por regerem a nossa vida cotidiana, efetivando nossos direitos e nossa cidadania?<sup>96</sup> (grifamos)

E, embora referente a outros aspectos, poderíamos muito bem encaixar aqui também a crítica de Marcelo Cattoni:

Estaria faltando à jurisprudência [...] a coerência, por um lado, e o senso de adequabilidade, por outro, necessários para a realização daquilo que Ronald Dworkin chama “Integridade” e que é própria de um efetivo Estado Constitucional.<sup>97</sup>

Levando em conta o que foi dito até o momento, entendemos conveniente reservar esta parte final do trabalho para uma tentativa de “demonstração”, em

---

participantes do processo deliberativo. Nesse ponto, os direitos à comunicação e à participação adquirem especial importância” (f.111).

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição constitucional: poder constituinte permanente? In SAMPAIO, José Adércio Leite; e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.80 e seguintes.

<sup>96</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas – MG*, v.65, n.4, out./dez. 2007, p.8-12.

<sup>97</sup> OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Constitucional*, p.148.

termos mais concretos, dos conceitos teóricos que expusemos, a partir da análise de um julgado do Supremo Tribunal Federal, referente à ADIN 1969-4/DF. Tendo em vista que a exposição se pautou principalmente no tratamento da atividade empreendida pelos órgãos judicantes, por certo que, como já se disse, no âmbito da Corte que toma as decisões mais importantes para o país, estabelecendo a interpretação da Constituição, que em tese vincula a todos, as discussões que abordamos adquirirão mais relevo.

### 3.2. ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADIN 1.969-4/DF

Primeiramente, vale reproduzir como foi o acórdão ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas.

II. A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.<sup>98</sup>

O pano de fundo do julgamento foi o seguinte: por meio do mencionado decreto, o governador do Distrito Federal proibiu manifestações com carros, aparelhos e objetos de som na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e em outros logradouros públicos da cidade de Brasília. Nos “considerandos” de tal ato, argumentou-se, em síntese, que o disposto no artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal necessita ser visto de forma conjunta com a legislação constitucional; que a questão da livre reunião precisa de disciplina, a fim de evitar agressão a outros postulados democráticos; e que a utilização de aparatos sonoros em manifestações causa incômodo à população em geral, e especialmente, às pessoas que se encontram exercendo labor.

Foi relator da ADIN em questão o ministro Ricardo Lewandowski, a respeito de cujo voto teceremos algumas considerações. Parte o ministro de uma análise

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.969-4/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16/07/2008.

histórica acerca do princípio da liberdade de reunião, e de sua importância nos regimes democráticos, analisando sua relação com o Direito Constitucional, a qual vem desde a Constituição Francesa de 1791. Cumpre notar, de fato, a importância precípua desse princípio, o qual se encontra ligado àquele da liberdade de expressão, para um Estado que objetiva ser genuinamente democrático.

Após esse intróito, passa a desenvolver a argumentação jurídica. Afirma que os limites ao direito de liberdade de reunião encontram-se estabelecidos no dispositivo constitucional a tanto referente, o inciso XVI do artigo 5º, tecendo considerações acerca do caráter não absoluto de tal direito fundamental (assim como de todos os demais), e analisando a possibilidade de eventuais situações de conflito. No entanto, o que se nota é que o voto ora analisado é permeado pela lógica do modelo de ponderação. Isto fica claro nas passagens finais do voto:

Relacionando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, de seu turno, consigna que a legitimidade de eventual medida restritiva a direitos fundamentais *“há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)”*.

A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda a evidência, mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que é, no presente caso, a permitir que todos os cidadãos possam reunir-se pacificamente para fins lícitos, expressando as suas opiniões livremente.

Não vejo, portanto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face do próprio texto da Carta Magna, como considerar hígida, do ponto de vista constitucional, a vedação a manifestações públicas que utilizem (sic) com a utilização de carros, aparelhos ou objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes (ADIN 1969, p.381-382). (grifos no original)

Nada obstante concordemos como o resultado do julgamento, acreditando que as restrições impostas pelo referido decreto eram indevidas, tanto do ponto de vista formal quanto do substancial, não concordamos com a fundamentação do ministro Lewandowski, pois incorre nas críticas que recorrentemente foram expostas neste trabalho. Parece-nos que o voto não se apoiou em argumentos de princípio, mas apenas ponderou o que seria mais adequado: ao considerar que a restrição aos direitos fundamentais (no caso, aquele da liberdade de reunião) deve ser “aferida no contexto de uma relação meio-fim”, ou seja, dando aos mesmos uma dimensão teleológica, trata-os como valores, reduzindo a argumentação a uma questão de

verificar o que é melhor, e não o que é devido em termos normativos. São estas as conseqüências da aplicação conforme a idéia de proporcionalidade: não há limites ao juízo do aplicador, o qual avaliará tal “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito” conforme lhe parecer mais “correto”.

A crítica pode ser tomada ainda em termos do discurso a ser empreendido, conforme o que já expusemos neste trabalho: nos discursos de aplicação, espera-se que o aplicador, após a análise dos traços característicos da situação, nos termos de um determinado paradigma, verifique, através de uma interpretação construtiva, o que é normativamente adequado. A consideração do que seja mais conveniente, conforme um juízo de sopesamento entre valores, caberia apenas em discursos de fundamentação de normas.

O voto do ministro Celso de Mello, proferido após o do relator, parece-nos ter sido estruturado de forma distinta, uma vez que, ao nosso ver, estaria pautado em argumentos de caráter principiológico (em sentido normativo, e não de valor), no sentido de referir-se a direito que deve ser titularizado por todos os membros da comunidade. Isto parece ser demonstrado pelo seguinte trecho:

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder. (ADIN 1969, p.392-393).

Nos demais votos, não há, em nossa opinião, mais de relevante a abordar, uma vez que basicamente se resumem a acompanhar o voto do relator.

Podemos sugerir um modelo de argumentação a ser realizado. Reafirmando a importância dos parâmetros de interpretação abordados neste trabalho, tal modelo consistiria, em apertadíssima síntese, em que os juízes, especialmente os ministros componentes do Supremo Tribunal Federal (no caso brasileiro), atenciosos aos anseios da comunidade (a qual é estruturada sobre princípios), inclusive com a possibilidade de participação da mesma (por exemplo, através de audiências públicas, mormente nas decisões de maior relevo e repercussão) por meio de procedimentos discursivos, realizem discursos de aplicação em que se levem em consideração todos os traços característicos da situação.

Focando o caso em questão, valeria dizer o seguinte: dever-se-ia, no âmbito de discurso de aplicação, verificar os traços característicos do caso, a fim de aferir todos os princípios conflitantes (por se tratar de controle de constitucionalidade); em seguida, mediante argumentação de adequação, fundamentar o seu juízo acerca do princípio que deve prevalecer (no caso, o de liberdade de reunião).

Em tal fundamentação, referente a tal juízo de adequação, o aplicador deverá ter em mente uma série de fatores, entre os quais podemos colocar a consideração daquilo que melhor expresse o “espírito” da comunidade, assim como verificar eventuais precedentes da Corte, no sentido de não fugir ao sentido da Integridade, qual seja, de tratar a todos com igual respeito e consideração. No caso, considerando que a democracia brasileira é recente, e ainda permanece em sua busca por afirmação, o princípio da liberdade de reunião, e os demais aos quais se liga de forma bastante próxima, como aqueles da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, devem ser tidos em mais alta conta. Se ainda houvesse, como se argumenta em alguns votos, uma situação como a existência de hospitais nas proximidades dos locais nos quais se proibiu a manifestação, outro deveria ser o entendimento. Como, no caso, não há circunstância desse tipo a ser levada em conta, não se visualiza outro princípio, no caso em questão, que possa vir a suplantá-lo da liberdade de reunião. É de se ressaltar, nesse sentido, o seguinte trecho do voto do ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, ainda que sem melhor fundamentação nesse sentido, independente da forma pela qual se expressassem tais vedações, as mesmas seriam “rombudamente inconstitucionais”, ainda mais “numa cidade em que se previu este imenso espaço aberto, em frente à sede dos três poderes da República, para que um dia o povo a ele comparecesse” (ADIN 1969, p.401).

Conforme tudo o que expusemos nos capítulos I e II e no início do presente, parece-nos o modo mais adequado de se proceder à interpretação no caso que nos propusemos analisar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o intuito do presente trabalho, qual seja, o de abordar idéias que pudessem levar a uma mudança de visão quanto à questão da aplicação do Direito, no sentido de um modelo de interpretação mais democrático, podemos dizer que nos pautamos em duas linhas de pensamento, primordialmente.

Em primeiro lugar, pela abordagem de conceitos da teoria da argumentação, nos termos em que a formula Klaus Günther, a princípio no campo da moral. Parte-se da idéia de que há, nesse, duas ordens de discursos normativos: de fundamentação, em que se buscará a formulação de normas válidas, mediante a avaliação de conflitos normativos previsíveis, e com a concordância de todos os possíveis atingidos; e de aplicação, em que, mediante a consideração de todos os traços característicos da situação e de um critério de coerência, buscar-se-á a aplicação, dentre as normas válidas aplicáveis *prima facie* à situação, daquela norma realmente adequada (juízo de adequação este que deverá ser fundamentado).

Tendo tudo isto em conta, é possível “transpor” esta ordem de raciocínio para o campo jurídico, este sim o foco do trabalho, passando a pensar, através dela, a própria divisão de poderes, avaliando a atuação de cada um segundo a lógica dos discursos que empreendem. Por certo, dentro do Direito, à análise devem-se adicionar diversos novos caracteres, como, por exemplo, a questão dos paradigmas e as limitações impostas pelo princípio da representação política e pelo Direito Processual. Nesses termos, como visto, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, devem ser consideradas as atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário. O primeiro, a partir de discursos de fundamentação, visará à produção de normas válidas, sem levar em consideração especificidades que certamente surgirão na vida cotidiana (e nisto residiria o caráter indeterminado do Direito). Por outro lado, o segundo, ao levar a cabo sua atividade, deverá buscar a análise de todas as particularidades do caso concreto, a fim de aferir a norma, dentre as possivelmente aplicáveis, que deverá efetivamente ser aplicada ao caso, por ser a adequada. A fim de fundamentar a adequação da norma ao caso, Klaus Günther reconhece na teoria de Ronald Dworkin acerca da Integridade um “norte”.

E é justamente a concepção de integridade o segundo “ pilar” do trabalho. Partindo das críticas que Dworkin faz ao Positivismo Jurídico, em especial a partir da

doutrina de Herbert Hart, no sentido da distinção entre regras e princípios e da correlação entre Direito e moral, buscamos expor aquelas que são, ao nosso ver, as suas principais construções teóricas, a saber: a tese dos direitos, a tese da resposta correta e o Direito como Integridade. Esta última idéia seria o grande parâmetro a guiar as argumentações de adequação. Seu sentido residiria, em apertadíssima síntese, em considerar o Direito a partir de uma perspectiva *interpretativo-construtiva*, em que, especialmente o juiz, no papel de aplicador, deveria, a fim de proceder à aplicação do Direito, considerar a história institucional do Poder Judiciário, assim como os princípios que norteiam a comunidade, devendo dispensar a todos igual consideração e respeito.

A partir desses dois parâmetros, foi possível, em um terceiro momento, tecer algumas considerações a respeito da Jurisdição Constitucional, tendo em conta que, nessa instância, são resolvidas as controvérsias político-jurídicas de maior relevo para a comunidade. Assim, a observância dos parâmetros colocados poderia, ao nosso ver, levar a decisões mais legítimas. Foi nesse sentido que buscamos realizar a análise do acórdão prolatado no julgamento da ADIN nº 1.969-4/DF, a fim de avaliar a conformidade de seus argumentos com aqueles expostos no trabalho, e de demonstrar como poderia ser o processo interpretativo-construtivo nesses mesmos termos.

Esperamos, sem a pretensão de formular uma resposta definitiva, ter fornecido alguma contribuição no sentido de um parâmetro interpretativo-construtivo para a prática jurídica. Isto porque, ainda hoje, no dia-a-dia do Direito, podemos ver a reprodução de ordens de idéias que já datam de séculos, sem maior compromisso com os anseios da comunidade e em desatenção aos direitos individuais primazes. É corriqueiro ver, em especial na atuação dos Tribunais, a desconsideração da idéia de Integridade, com a defesa de argumentos mediante uma lógica de conveniência (dependendo do resultado que se almeja, chega-se a tomar posições distintas em casos bastante similares). E não é isto que esperamos de uma atuação judicial democraticamente comprometida.



## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.969-4/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 28 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 16/07/2008.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de Integridad en Dworkin. *Doxa*. Alicante, n.12, p.155-176, 1992.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre Dworkin (apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin "Taking Rights Seriously"). Tradução de Patrícia Sampaio. In: DWORKIN, Ronald. *Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\_jur/patdwork.html>. Acesso em: 27/06/2008.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição constitucional e democracia: Integridade e Pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas – MG*, v.65, n.4, out./dez. 2007, p.8-12.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v.2, n.1, p.241-254, janeiro-junho 2004.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Un concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. Tradução para o espanhol de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*. Alicante, n.17-18, p.271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p.13

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte permanente? In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coordenadores). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional: Estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PONTES, Silvia Regina. *Vida, anencefalia fetal e argumentação judicial: fundamentos para a legitimidade discursiva da ADPF nº 54-8/DF*. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2007.

TRAVASSOS, Denise. *Por uma releitura principiológica do direito à saúde: da relação entre o direito individual a medicamentos nas decisões judiciais e as políticas públicas de saúde*. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2007.