

MARCIO ALEXANDRE RIBEIRO DE LIMA

O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN

Uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais

CURITIBA

2006

MARCIO ALEXANDRE RIBEIRO DE LIMA

O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN

Uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso
de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

CURITIBA

2006

MARCIO ALEXANDRE RIBEIRO DE LIMA

O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN

Uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Pela comissão formada pelos professores

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig

Prof. Dr. César Antônio Serbena

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

CURITIBA

2006

RESUMO

No presente estudo fornecemos subsídios, no âmbito da Filosofia do Direito, à interpretação dos Princípios e Direitos Fundamentais, com base na obra de Ronald Dworkin. Para tanto, são evocados os principais conceitos de que se vale Dworkin em sua Filosofia do Direito. A escolha desse autor não se deu de maneira fortuita. Pretendemos nos afastar, na medida do possível, da visão dominante do Direito, predominante em nossos tribunais e academias: o positivismo jurídico. Num primeiro momento traçamos uma visão geral do positivismo através de seus principais expoentes, como Kelsen, Austin e Hart, de modo a contextualizar a compreensão do ataque efetuado por Dworkin contra ele. Posteriormente pormenorizamos de que maneira se dá sua crítica ao mesmo tempo que estabelece os fundamentos de uma Teoria Geral do Direito de orientação eminentemente construtivista, através de suas principais teses: a tese dos direitos, a tese da resposta correta, a cadeia do direito e o Direito como integridade. No terceiro momento nos voltamos ao Neoconstitucionalismo, trazendo a contribuição de outros autores, como Alexy, de modo a complementar o esboço de um modelo de interpretação dos direitos fundamentais que se coadune com o Direito como integridade proposto por Dworkin.

Palavras-chave: Dworkin; direito como integridade; princípios do direito; direitos fundamentais; interpretação jurídica; Alexy

ABSTRACT

In the present study we provide subsidies , in the realm of Philosophy of Law, to the interpretation of the Principles and fundamental rights, based on Dworkin`s works. In such way, the most important Dworkin`s philosophy of law concepts are called out. Our choice of this author didn`t happen by chance. We intend to get away, as far as possible, of the dominant Law view, predominant in our courts and colleges: the Juspositivism. For that, first of all, we set a general view of Juspositivism through its main thinkers, as Kelsen, Austin and Hart, in order to provide an understanding about Dworkin`s attacks to it. Subsequently, we specify how Dworkin build his thought by criticizing Juspositivism at the same time that sets the grounds of a mostly construtive Law General Theory, through his main thesis: the rights thesis, the chain of law, law as integrity, the right answer thesis. At the end, we get on to Neoconstitucionalism, bringing the contribution of other authors, such as Alexy, in order to supplement a Fundamental Rights outline interpretation, as well as Dworkin`s Law as Integrity conception.

Keywords: Dworkin; Law as Integrity; Principles of Law; Fundamental Rights; Legal Interpretation; Alexy

SUMÁRIO

<i>Introdução</i>	1
-------------------------	---

Capítulo I - O POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 Considerações preliminares.....	6
1.2 O conceito de sistema e a idéia de interpretação em Kelsen.....	7
1.3 Austin.....	10
1.4 H. L. A. Hart.....	14

Capítulo II - A FILOSOFIA DO DIREITO DE DWORKIN

1.1 O ataque ao positivismo.....	18
1.1.1 Regras, princípios e políticas.....	19
1.1.2 Poder discricionário.....	23
1.2 A tese dos direitos.....	26
1.3 A tese da resposta certa.....	29
1.3.1 A primeira versão.....	31
1.3.2 A segunda versão.....	32
1.3.3 O argumento da imprecisão.....	33
1.3.4 O argumento do positivismo.....	33
1.3.5 O argumento da controvérsia.....	35
1.4 A cadeia do direito.....	42
1.5 O direito como integridade.....	43

**Capítulo III – OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A
PERSPECTIVA INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO**

INTEGRIDADE.....	49
3.1 Princípios e regras.....	49
3.1.1 Critérios de distinção entre princípios e regras segundo Ávila	51
3.2 Os direitos fundamentais.....	56
3.2.1 Os direitos subjetivos.....	57
3.2.2 Um sistema de posições jurídicas fundamentais.....	60
3.2.2.1 Direitos a algo.....	60
3.2.2.2 Liberdades.....	65
3.2.2.3 Competências.....	68
3.2.3 O direito fundamental como um todo.....	71
3.3 As restrições aos direitos fundamentais.....	73
3.3.1 Conceito e tipos de restrição dos direitos fundamentais.....	73
3.3.2 O pressuposto de fato (hipótese fática) do direito fundamental e a restrição dos direitos fundamentais.....	78
3.3.3 Restrição e configuração.....	82
3.4 A democracia deliberativa num contexto de leitura moral da constituição frente à premissa majoritária.....	84
Conclusão.....	89

Introdução

Existe sempre uma resposta certa para toda pretensão jurídica? Ao responder afirmativamente a esta questão, o filósofo do Direito Ronald Dworkin demonstra o seu rompimento com uma tradição jurídico-interpretativa que tem sido predominante nos tribunais e academias de Direito há muitas décadas: o positivismo jurídico¹. Segundo este, existe uma zona cinzenta de imprecisão no sistema normativo que dá margem ao uso do poder discricionário pelo juiz, hiato este que ocorre em certos momentos em que a norma silencia sobre dado fato concreto. Ora, mas tal afirmação se contrapõe diretamente à maior bandeira positivista em oposição ao jusnaturalismo: a segurança jurídica. Dworkin oferece, com sua elaborada Filosofia do Direito, uma solução bastante interessante para este problema, satisfazendo "simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional".²

No contexto dessa realidade jurídica, na qual o positivismo tornou-se a regra, é extremamente salutar o estudo de um autor que nos faça questionar a validade de certas interpretações há muito utilizadas nos tribunais e academias, sem maiores questionamentos, como se fossem verdades absolutas.

¹ Esta predominância do positivismo se dá mais notadamente no Direito anglo-saxão e na Europa. No Brasil, infelizmente, tem predominado o dogmatismo jurídico, que não se trata exatamente de uma escola filosófica e sim de uma visão estreita do Direito que o confunde com a norma escrita, com a "letra da lei".

² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997 v.1, p. 252.

Esta pesquisa se justifica na medida em que busca novos referenciais político-filosóficos para o exercício interpretativo do Direito, demonstrando como o Direito pode e deve ser interpretado como um todo assentado em princípios, princípios estes que asseguram que todo cidadão possui direitos e estes devem ser protegidos pelo Estado, pois disto depende a democracia e o próprio Estado de Direito. Mas não apenas isto. É preciso lançar um olhar crítico para o Direito, repensá-lo enquanto instrumento de evolução da sociedade, a fim de assegurar uma democracia genuína, e não apenas uma democracia formal³; e, nesse sentido, acreditamos, o estudo do pensamento de Dworkin pode ensejar uma valiosa contribuição.

Por tratar-se de um autor da tradição jurídica anglo-americana, ou seja, inserto na realidade jurídica do *Common Law*, Dworkin ainda não foi exaustivamente estudado no Brasil, ao contrário dos autores que pertencem a uma realidade jurídica mais próxima da nossa, como Bobbio, Cossio e tantos outros.

Seus três principais trabalhos - *Levando os Direitos a Sério*, *Uma Questão de Princípio* e *O Império do Direito*, que constituem o núcleo de sua Filosofia do Direito, apesar de muito conhecidos e discutidos pelos juristas do mundo todo, especialmente nos países da tradição jurídica anglo-americana, apenas há pouco tempo foram lançados em português,

³ Nos referimos à efetividade da democracia enquanto instrumento de participação política abrangente, em contraposição a um sistema no qual os detentores do poder político-econômico apenas validam suas posições através de processos eleitorais questionáveis.

respectivamente em 2002, 2000 e 1999, na ordem inversa de suas edições originais, que são 1977/78, 1985 e 1986.⁴

Existem diversos temas e sub-temas na obra de Dworkin passíveis de estudo e aprofundamento. Optamos, no entanto, pelo estudo de seus pontos principais, tendo em mente que uma visão de sua Filosofia do Direito como um todo propicia uma perspectiva interpretativa-pragmática do Direito. Esta perspectiva parte de uma concepção dos direitos individuais como princípio político-jurídico fundamental e se utiliza de uma visão interdisciplinar, estreitando as ligações entre o Direito, a filosofia e a política, sem perder o foco no Direito como objeto-chave de sua análise.

Como mencionamos anteriormente, temos como objetivo imediato desse trabalho fornecer subsídios ao exercício interpretativo do Direito. Ora, mas esta é a própria razão de ser da Filosofia do Direito! O Direito não é estático, mas está em constante devir, para usar uma expressão emprestada de Heráclito de Éfeso. A função da Filosofia do Direito é repensar o Direito como um todo, e sua finalidade. E um dos momentos em que isso se torna mais patente é o momento decisional. As leis podem e devem ser interpretadas desta ou daquela maneira para sua aplicação ao caso concreto. Mas e quando se trata de um caso controverso, complexo, com aparente conflito de leis? E no caso das lacunas do Direito, quando a lei silencia sobre o caso concreto? A toda pretensão jurídica corresponde uma resposta certa? Podem os princípios do Direito ter uma influência direta

⁴ Para maiores detalhes vide a bibliografia no final deste trabalho

sobre toda e qualquer atividade decisional? É possível realmente *interpretar* o Direito sem correr o risco de comprometer a segurança jurídica e sem recorrer ao positivismo? A estas e outras questões esperamos, no decorrer deste trabalho, poder oferecer novas alternativas de respostas, à luz da filosofia dworkiana do Direito.

No primeiro capítulo fazemos uma breve análise dos principais pontos do positivismo jurídico através de alguns de seus principais autores, para entender a crítica que a ele dirige Dworkin e o porquê tal visão do Direito tornou-se tão dominante em nossos dias. Começamos por Kelsen, que é o principal autor e expoente do positivismo, seguimos com Austin, ao qual Dworkin faz diversas referências e críticas, e concluimos com Hart, célebre filósofo do Direito inglês ao qual Dworkin sucedeu na cátedra de *Jurisprudence* em Oxford, considerado por ele como o autor da mais refinada forma de positivismo.

No segundo capítulo explicitamos a Filosofia do Direito de Dworkin a partir de suas principais teses, quais sejam, a tese dos direitos, segundo a qual direitos políticos específicos podem advir de uma decisão judicial específica, mesmo em se tratando de um caso difícil, controverso, desde que apoiados em argumentos de princípio e não apenas em argumentos de política; a tese da resposta correta, a qual defende que toda lide, por mais controversa que seja, possui uma resposta correta, mais adequada com a integridade do sistema jurídico e com uma postura moral não-cética; a cadeia do direito, na qual Dworkin compara o Direito à literatura; e por fim o Direito como integridade, ideal político a ser buscado na interpretação jurídica, que pode ser

traduzido até certo ponto pela igualdade, a virtude soberana, como diria Dworkin⁵.

No terceiro capítulo trazemos a Filosofia do Direito de Dworkin ao encontro das mais atuais tendências do Direito Constitucional, o chamado Neoconstitucionalismo⁶, explicitando a relação entre regras e princípios num contexto romano-germânico; a noção de direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, bem como sua noção de restrição elaborados por Robert Alexy. Mencionamos também, de passagem, a leitura moral da constituição frente a uma premissa majoritária.

⁵ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶ Cujo termo é o título da obra organizada por CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Capítulo 1 - O POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 Considerações preliminares

Antes de prosseguirmos cabe esclarecer que elegemos alguns autores em detrimento de outros positivistas, tais como Alf Ross e Bobbio, por uma razão muito simples: é a aqueles que Dworkin dirige a maioria de suas críticas, muito embora estas se apliquem também aos demais, pois constituem um ataque sistemático ao positivismo enquanto metodologia interpretativa. Não tivemos a pretensão de sermos exaustivos nem tampouco dedicar um estudo aprofundado ao positivismo jurídico, o que por si só demandaria grandes esforços (e que já foi realizado por muitos) e nos desviaria de nosso objeto principal de estudo. Nosso intuito é apenas fornecer alguns subsídios básicos a respeito destes autores a fim de obter uma melhor compreensão das críticas ao positivismo erigidas por Dworkin ao longo de suas principais obras. Genaro Carrió o critica pela ausência de autores que julga mais representativos do positivismo jurídico atual, como os já citados Ross e Bobbio.⁷ Neste sentido, nos diz Calsamiglia que "possivelmente, esta falta de atenção quanto às escolas européias tenha reduzido o âmbito de influência das teses de Dworkin. Muitos autores - que o citam - se limitam a etiquetá-lo como 'apologista do sistema americano' ou de 'neojusnaturalista', para

⁷ CARRIÓ, Genaro. *Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico*. Materiali per una Storia della Cultura Giurídica, vol. X, no.1, 1980, p.145 *apud* CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 04/09/2006.

evitar um confronto mais direto com a *incomodidade* que produzem suas teses. E, certamente, é um autor incômodo porque põe em questão os pressupostos do positivismo jurídico, da filosofia política utilitarista e, além disso, resgata a filosofia liberal do conservadorismo".⁸

1.2 O conceito de sistema e a idéia de interpretação em Kelsen

Para Kelsen, o Direito é entendido como uma ordem social coativa, impositiva de sanções. Nos diz ele que "uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção. O problema da coerção (coação, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras".⁹ A teoria kelseniana surgiu como uma tentativa de promover uma independência da ciência jurídica que, a partir da Teoria Pura do Direito¹⁰, deveria ser vista como uma ciência autônoma, desvinculada da ciência natural e de outras intenções como a política, a sociologia, a economia, a religião, a moral, e que teria como objeto o estudo da norma jurídica e a sua conseqüente descrição.

⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.* Grifo do autor.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 28.

¹⁰ _____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

Para Kelsen, o Direito é um sistema metódico. Ele funde metodologia e ontologia, reduzindo o Direito ao método. Kelsen faz distinção entre norma jurídica (*rechtsnorm*) e proposição jurídica (*rechtssatz*). Primeiramente, a norma jurídica prescreve a sanção que se deve aplicar contra os agentes de condutas ilícitas. A proposição jurídica, juízo hipotético, afirma que, dada a conduta descrita na lei, deve ser aplicada a sanção também estipulada na lei. A forma de exteriorização do enunciado, entretanto, não é essencial; o que importa, realmente, é o seu sentido. A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo, enquanto a proposição jurídica, emanada da doutrina, tem natureza descritiva. Aquela resulta de ato de vontade (a autoridade com competência quer as coisas de certo modo) e esta última decorre de ato de conhecimento. Cumpre observar que, para Kelsen, a Norma Fundamental (*Grundnorm*) está fora do sistema, mas lhe dá validade.

Um sistema de direito, segundo Hans Kelsen, não é estático, mas dinâmico. Efetivamente, as normas inferiores e os atos jurídicos não podem ser deduzidos de normas que condicionam sua validade, mas que fornecem unicamente o quadro dentro do qual as normas inferiores, bem como os atos jurídicos que as aplicam, podem inscrever-se validamente. O legislador, o juiz, o administrador público recebem, numa medida variável, a autoridade necessária, seja para criar novas leis no quadro da lei constitucional, seja para concretizar, para individualizar uma norma geral nos casos particulares de aplicação. Em todos esses casos, sua ação é criadora do direito, de forma que o legislador não interpreta a Constituição, mas decide votar certas leis, em virtude do poder legislativo que a Constituição

lhe atribui, assim como o juiz, aplicando a lei, não tem por missão dizer seu sentido correto, mas decidir, dando sua sentença, qual é, dentre as interpretações possíveis da lei, aquela que ele quer privilegiar, na ocorrência: sua decisão, exatamente como a do legislador, não é, segundo Kelsen, a expressão de um conhecimento, mas um ato de vontade. A motivação de uma decisão judiciária, assim como o preâmbulo que justifica um projeto de lei, pertence não à teoria do direito, mas à política jurídica, que precisam ser nitidamente dissociadas.

Quanto à interpretação da norma, Kelsen distingue entre a interpretação "autêntica", quando tomada por órgãos competentes para tal no momento da aplicação da lei, e a interpretação "não-autêntica" quando emanada da doutrina. Kelsen afirma que, nos "casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica" e que "o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível".¹¹ Veremos mais adiante, no capítulo II, que muito embora pareça esta idéia de moldura uma perda de rigidez e conseqüente abertura na Teoria Pura, ela acarreta mais problemas do que soluções para o positivismo, na medida em que aumenta o poder discricionário das autoridades judiciárias, discricionariedade esta que será uma das principais críticas de Dworkin ao Positivismo.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 466.

1.3 Austin

Muito embora tenha uma importância limitada para o positivismo de uma maneira geral, se comparado a Kelsen, a Filosofia do Direito de Austin, de cunho normativista, apresenta, em certa medida, aspectos que poderiam ser considerados embriões da teoria pura do direito, ao delimitar o objeto da ciência do Direito, da *jurisprudência*, que é o termo empregado pelos autores da língua inglesa como *Filosofia do Direito*, ao exame das leis positivas, independentemente do seu valor: "O objeto da jurisprudência é o direito positivo, ou o chamado simples e estritamente de direito, o direito *posto* pelos superiores políticos aos inferiores políticos".¹² A Jurisprudência Analítica de Austin desenvolveu-se paralelamente ao codicismo da Escola da Exegese, na França, ao qual ele se opunha, mas, ao contrário da maioria de seus contemporâneos ingleses, mais fechados às correntes de pensamento continentais, nutria admiração por Savigny e adotou a expressão "Filosofia do Direito Positivo" de Hugo, muito embora, como assevera Bobbio, "as correspondências e as coincidências entre o pensamento da escola histórica e o de Austin sejam bastante limitadas e superficiais, e redutíveis, em última análise, a um único ponto: a recusa de considerar como direito propriamente dito o direito natural, a concepção da efetividade do direito existente nas várias sociedades como fundamento da sua validade, a determinação, em suma, do direito

¹² Austin, John. *Lectures in Jurisprudence* apud BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 106, grifo do autor original.

tal qual ele efetivamente é, como objeto da ciência jurídica”.¹³ Filosoficamente, Austin também se afastava dos autores historicistas, pois era um utilitarista e empirista influenciado por Bentham.

Austin definia a lei como um comando geral e abstrato precedente de alguma pessoa ou um grupo que ocupa uma posição de soberano na sociedade. Esta passagem ilustra o que Austin entendia por comando:

Um comando [...] é uma expressão de desejo. Mas um comando é distinto das outras expressões de desejo pela seguinte característica: que a parte para a qual é dirigida é passível de um mal sob a ação do outro, no caso de não-satisfação do desejo. Sendo passível de um mal da tua parte, se não satisfaço um desejo que tu exprimes, eu estou *vinculado* ou *obrigado* pelo teu comando, ou me acho no *dever* de obedecê-lo [...]. Comando e dever são, por isso, termos correlatos, no sentido de que o significado denotado por um é implicado ou suposto pelo outro. Ou, em outras palavras, onde quer que haja um dever, foi expresso um comando; e onde quer que tenha sido expresso um comando, um dever foi imposto. Concisamente o significado da correlação é este. Quem deseja infligir um mal no caso do seu desejo não ter sido respeitado, enuncia um comando exprimindo ou modificando o seu desejo. Quem é

¹³ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 103,

passível de um mal em caso de não respeitar o desejo, é vinculado ou obrigado pelo comando.¹⁴

Kelsen critica esta definição de Austin afirmando que

[...] o fato de a norma jurídica vincular certa sanção a certa conduta faz com que a conduta oposta se torne um dever jurídico. Austin, contudo, apresenta a questão como se a norma jurídica, por ele chamada de "comando", prescrevesse a conduta que forma o dever jurídico. Ao fazê-lo, ele contradiz sua própria definição de dever jurídico. No "comando" de Austin não há lugar para sanção. E, ainda assim, por meio da sanção o comando é obrigatório. O "comando" de Austin é aquele conceito auxiliar que foi designado acima como "norma secundária". Tendo compreendido que a sanção é um elemento essencial do Direito, ele deveria ter definido a regra genuína de Direito como um "comando" estipulando uma sanção. Não fazê-lo envolveu-o em contradições.¹⁵

Outro aspecto bastante polêmico no pensamento de Austin é a questão do soberano. Austin compreendia que a validade de uma determinada lei seria justamente o fato de ter sido *ordenada* por um soberano ou grupo considerado como tal. Dizia Austin que "toda lei positiva, ou bem toda lei simples e estritamente dita, é posta por uma pessoa soberana ou por um corpo soberano de pessoas a um ou mais membros da sociedade política independente na qual

¹⁴ Austin, John. *Lectures in Jurisprudence* apud BOBBIO, op. cit., p. 105.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Op. cit, pp. 66-67. Observe-se que Kelsen nesta passagem explicita que a sua "regra secundária" coincidiria com o "comando" de Austin.

essa pessoa ou esse corpo é soberano ou supremo. Ou, em outras palavras, essa lei é posta por um monarca ou grupo soberano a uma ou mais pessoas em estado de sujeição frente a seu autor".¹⁶

Cabe uma observação importante de Bobbio sobre o texto acima citado: "[...] com a expressão 'sociedade política independente' Austin realmente pretende indicar a entidade social comumente chamada de *Estado*: esta sociedade é dita *política* para indicar que é composta de um número relevante de pessoas sujeitas a um superior comum [...]; e é dita *independente* para indicar que é autônoma e soberana, isto é, que não depende de outras entidades sociais".¹⁷ Podemos questionar, por exemplo, se há um grupo soberano numa democracia como a brasileira. A Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo primeiro a soberania do povo.¹⁸ Mas o povo não é um grupo e sim a totalidade de indivíduos que compõem uma nação. E mesmo numa monarquia, seria o desejo do soberano que determinado contrato tivesse três testemunhas e não apenas uma para afirmar a sua validade?

Dworkin afirma que "ainda que a teoria de Austin se mostrasse deficiente em várias questões de detalhe, o que resultou na sugestão de muitas emendas e aperfeiçoamentos, sua idéia central de que direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político, nunca perdeu

¹⁶ AUSTIN, John. *Lectures in Jurisprudence* apud BOBBIO, op. cit., p. 107.

¹⁷ BOBBIO, op. cit., p. 106, grifo do autor.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Artigo 1º, parágrafo único: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

totalmente sua força sobre a doutrina".¹⁹ De fato esta visão do Direito sobrevive principalmente em termos sociológicos, do Direito enquanto "expressão de autoridade", servindo às mais diversas ideologias políticas.

1.4 H. L. A. Hart

Prosseguindo sua crítica ao positivismo enquanto teoria semântica do Direito²⁰, Dworkin nos fala daquele que, em sua opinião²¹, apresenta o positivismo em sua forma mais elegante e sofisticada:

Hart refutava a opinião de Austin de que a autoridade jurídica é um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra mestra fundamental (que ele chamou de "regra de reconhecimento") que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 42.

²⁰ Dworkin entende como "teorias semânticas do Direito" as teorias que identificam certos critérios lingüísticos comuns, usados pelos operadores do Direito para descrever e avaliar a validade das proposições jurídicas e do próprio Direito. A este respeito, ver DWORKIN, Ronald. *O império...*, p. 40 e nota 29

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

peçoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas".²²

Hart entende o Direito como um sistema aberto. O conceito de Direito²³ formulado por ele o entende como uma reunião de regras primárias de obrigação, e regras secundárias de reconhecimento, de alteração e de julgamento. A sua idéia de que o Direito tem textura aberta se dá através das normas de reconhecimento, através das quais os costumes e a tradição seria incorporada ao sistema jurídico. Nos diz Hart:

Por força de regras de um tipo, que bem pode ser considerado um tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem

²² _____. *O império do direito*, p. 42.

²³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados.²⁴

As regras de reconhecimento servem não só para reconhecer a presença de uma regra primária de obrigação, como também para estabelecer-lhe a validade. Ademais, as regras de reconhecimento constituem, em certo sentido, uma regra última, podendo constituir também um critério supremo.

A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada [...], é uma regra última; e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é *supremo*. [...] Podemos dizer que um critério de validade jurídica, ou fonte de direito, é supremo, se as regras identificadas por referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência aos outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a estes últimos não são reconhecidos como tal, se estiver em conflito com regras identificados por referência ao critério supremo.²⁵

²⁴ Ibid., p. 91.

²⁵ Ibid., p. 117. Grifo do autor.

Neste ponto podemos observar que a regra última de Hart se parece com a *norma hipotética fundamental* de Kelsen. Porém, desde logo podemos notar que há diferenças, pois enquanto esta é pressuposta, aquela é parte do próprio ordenamento ao qual lhe atribui validade. Por incorporar os costumes e práticas sociais à aceitação da regra de reconhecimento, Hart evita o regresso kelseniano a uma norma hipotética para dar validade ao sistema jurídico. Mas apesar dos fatos sociais terem sido institucionalizados pela regra de reconhecimento em Hart, aquele continua sendo um sistema de regras. E é exatamente este ponto que será bastante criticado por Dworkin, pois para este os princípios, embora sejam normas, não são regras, já que se aplicam de maneira diferente. Mas este é apenas parte do problema que o positivismo de Hart enfrenta. É o que veremos a seguir.

Capítulo II - A FILOSOFIA DO DIREITO DE DWORKIN

1.1 O ataque ao positivismo

Ronald Dworkin sucedeu Hart em sua cátedra da Universidade de Oxford e, embora nutra por ele uma grande admiração, tornou-se seu principal crítico. Já num de seus primeiros ensaios que obteve grande repercussão, *The model of rules* ²⁶, declara abertamente: "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" ²⁷, e critica contumazmente o positivismo ao longo de toda a sua obra. E o faz "desde a perspectiva metodológica, única via que permitia unificar a diversidade de escolas positivistas".²⁸

O ataque ao positivismo baseia-se principalmente na crítica à distinção rígida entre a moral e o direito, separação esta que está na base do positivismo em oposição ao velho jusnaturalismo, mas que não se consubstancia de fato quando analisada a função judicial, as interpretações dos juízes no momento decisional.

Podemos dividir didaticamente em duas grandes pautas as críticas de Dworkin ao positivismo: (a) o Direito entendido como um "modelo de regras" ao qual critica com a diferenciação entre regras,

²⁶ Publicado inicialmente em 1967, tornou-se o capítulo 2 de seu primeiro livro, *Taking Rights Seriously*, de 1977/78.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 35.

²⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.* Grifo do autor.

princípios e políticas²⁹ e a contestação da regra de reconhecimento enquanto teste de *pedigree*; (b) o uso da discricionariedade pelo juiz ao decidir os casos difíceis.

1.1.1 - Regras, princípios e políticas

A crítica de Dworkin ao positivismo utiliza-se da distinção lógica entre regras, princípios e políticas. Quanto às regras são mantidas as definições dadas pelo positivismo. No entanto, a elas são agregadas outras normas, padrões (*standards*) que não são regras, mas que possuam força normativa: os princípios. Dworkin apresenta dois níveis diversos de sentido para os princípios: um genérico ou externo, em oposição às regras, e outro específico, ou interno, em oposição às políticas.

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudança adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover o assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem

²⁹ Preferimos neste trabalho a tradução de *policies* por políticas, seguindo a linha adotada pela professora Vera Karam de Chueiri em seu livro *Filosofia do direito e modernidade*, a mesma que seguiu o tradutor de *Levando os direitos a sério*, muito embora poderia ser traduzida por *diretrizes* como preferem os autores de língua castelhana, como Albert Calsamiglia.

ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.³⁰

Os princípios não são aplicáveis à maneira de "tudo ou nada" como as regras o são. Eles não estabelecem condições para que se faça necessária a sua aplicação, nem conseqüências que ocorram automaticamente de certas condições. Eles enunciam uma razão para decidir em certo sentido, no entanto, sem obrigar a uma decisão particular, podendo concorrerem outros princípios que estabeleçam razões para decidir num outro sentido. Por isso é que diz-se dos princípios que estes possuem uma dimensão de peso ou importância em relação a cada caso concreto, e que devem ser levados em consideração em caso de conflito entre dois ou mais princípios, sem que percam a sua força normativa quando um é considerado menos importante em relação ao outro, e por isso não aplicável em determinada situação concreta.

Para estabelecer o que entende por princípios, Dworkin cita alguns exemplos de casos difíceis nos quais aqueles são determinantes para a decisão judicial .

Em 1889, no famoso caso *Riggs vs. Palmer*, um tribunal de Nova York teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino." Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime". O assassino não recebeu sua herança.³¹

Pois bem. O positivismo, em sua versão hartiana, possui um teste fundamental chamado por Dworkin de teste de origem ou *pedigree*³², derivado da regra de reconhecimento, que confere validade às regras. Este teste não leva em consideração o conteúdo da regra, mas apenas a forma. Mas o mesmo não se aplica aos princípios e políticas devido a sua dimensão de peso, pois esta regra também se aplica à maneira "tudo ou nada". A regra de reconhecimento somente serve para identificar regras que, como as leis ou precedentes, são um produto de um ato deliberado de criação jurídica, promulgados por alguma instituição competente. O conceito de validade que funciona a respeito das regras assim criadas não funciona a respeito dos princípios.

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na

³¹ Ibid., p. 37.

³² Ibid., p. 64.

compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer injusto impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogadas.³³

Pela via inversa, Dworkin descarta o teste de pedigree, ou seja, a regra de reconhecimento de Hart como único critério para verificar a validade das normas, ou seja, retira do positivismo a possibilidade de um critério seguro de identificação do que é ou não Direito.

Carrió³⁴ rebate estas críticas argumentando que o positivismo não se confunde com o modelo de regras exposto por Dworkin, e que o ordenamento jurídico positivo pode sim conter princípios e regras, sendo que estas últimas não necessariamente precisam ser aplicadas à maneira do "tudo ou nada". Nos diz, por exemplo, Carrió:

A regra de reconhecimento, com seu núcleo central de significado claro e sua periferia de casos duvidosos, constitui o critério último que o sistema oferece para identificar as regras particulares do mesmo, mesmo que se trate de

³³ Ibid., p. 64.

³⁴ CARRIÓ, Genaro R. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, pp. 57 e ss.

regras específicas, de *standards* ou de regras de outro tipo. Não há nada na noção de uma regra de reconhecimento que impeça que uma pauta do tipo que diz que a ninguém deve ser permitido beneficiar-se com sua própria transgressão seja uma regra do sistema se satisfaz os requisitos estabelecidos naquela regra última.³⁵

Dworkin contra-argumenta que o fato da regra de reconhecimento ser incerta em determinadas situações não apenas acrescenta uma certa flexibilidade à teoria de Hart, mas a debilita porque, ao analisar alguns contra-exemplos, verifica-se que estes podem ser bem mais numerosos do que os positivistas supõem, pois a divergência torna-se tanto maior quanto mais difíceis os casos a serem analisados, os chamados *hard cases*, que são o calcanhar-de-aquiles da teoria positivista, aqueles nos quais ela supõe haver um poder discricionário no momento da decisão judicial.

1.1.2 Poder discricionário

A principal crítica que Dworkin faz ao positivismo é quanto ao uso do poder discricionário pelos juízes nos casos difíceis. Os positivistas entendem que existem casos aos quais nenhuma regra pode ser aplicada, chamados comumente de "lacunas do direito", onde o juiz decide de acordo com suas próprias convicções, ou seja, possui discricionabilidade para estabelecer uma nova regra (precedente, no sentido do *common law*) e aplicá-la ao caso em questão. Neste sentido observa Calsamiglia:

O núcleo mais importante da crítica ao modelo da função judicial positivista está centrado no

³⁵ Ibid., p. 63. Traduzido diretamente do castelhano por mim.

tema dos casos difíceis. Dworkin sustenta que quando existem contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade porque está determinado pelos princípios. Esta tese está fundamentada em dois argumentos: A) qualquer norma se fundamenta em um princípio; B) os juízes não podem criar normas retroativas. Têm a obrigação de aplicar os princípios porque formam parte essencial do direito. Os princípios não são pseudo-regras. Na análise dos princípios aparece com clareza meridiana a relação entre a argumentação moral e a argumentação jurídica.³⁶

Dworkin adverte que podemos falar em diferentes graus de discricionariedade³⁷, e que cabe esclarecer em qual sentido operam os juízes pelas teorias positivistas. Nesse sentido esclarece Daniela R. Ikawa:

O estudo da divergência entre Hart e Dworkin quanto à existência ou não de discricionariedade do juiz em casos difíceis podem ser mais bem explicitado apontando-se as três acepções para o termo "discricionariedade", indicadas por Dworkin. A primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha pelo juiz, entre critérios "que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras". A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas

³⁶ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.*

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 51.

primeiras acepções perfazem, para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas também por Hart. Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância. Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou, em outras palavras, a idéia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma.³⁸

O preço pago pelos positivistas ao admitir uma discricionariedade em sentido forte nos casos difíceis é alto, e muitos talvez não se dêem conta disso, pois ao criar uma regra nova sobre uma obrigação já existente em face da discricionariedade, o juiz legisla retroativamente. Novamente Calsamiglia:

Todavia, a recusa da discricionariedade do juiz tem também motivos políticos. Caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juízes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz - poder criador de direito discricionário -

³⁸ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. [on line] Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22>>. Acesso em: 09/09/2006.

Dworkin propugna a função garantidora - não criadora - do juiz.³⁹

1.2 A tese dos direitos

Segundo esta tese, direitos políticos específicos podem advir de uma decisão judicial específica, mesmo em se tratando de um caso difícil, controverso, desde que apoiados em argumentos de princípio e não apenas em argumentos de política. "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".⁴⁰

"A filosofia jurídica de Dworkin está baseada nos direitos individuais. Isto significa que os direitos individuais - e muito especialmente o direito à igual consideração e respeito - são *triunfos* frente à maioria. Nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo pode triunfar frente a um autêntico direito"⁴¹.

Habermas assim sintetiza a proposta do autor: "A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin pode ser entendida como a

³⁹ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.* Entendemos que a função garantidora do juiz deveria ser sua atividade precípua, garantindo a prevalência dos Direitos Fundamentais sobre os demais.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 141.

⁴¹ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit.*

tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional".⁴²

Dworkin sustenta que os objetivos sociais apenas são legítimos se respeitam os direitos dos indivíduos. Os positivistas consideram que os únicos direitos existentes são os reconhecidos pelo sistema jurídico. Frente ao positivismo, Dworkin sustenta que junto aos direitos legais existem direitos morais. Os direitos jurídicos e os direitos morais não pertencem a ordenamentos conceituais distintos. Em caso de conflito entre direitos morais e jurídicos estes não triunfam necessariamente sobre aqueles. Se o juiz decide que as razões derivadas dos direitos morais são tão fortes que lhe impõem a obrigação moral de fazer todo o possível que possa apoiar estes direitos, então é possível que deva decidir *contra legem*. Segundo Dworkin, o problema dos direitos não se resolve mediante o mero

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997 v.1, p. 252. Habermas entende que as soluções realistas e hermenêuticas falham porque os primeiros interpretam as leis de maneira pragmática-finalística, deixando a cabo do juiz um grande poder discricionário, o que compromete a segurança do direito. Já a solução hermenêutica, na medida em que é mais comprometida com a segurança do direito, interpreta as leis de maneira estreita, o que compromete a racionalidade da decisão.

reconhecimento legal porque o umbral entre direitos morais e jurídicos é difuso.⁴³

A garantia dos direitos individuais, na visão de Dworkin, é a função mais importante do sistema jurídico. O Direito tem como finalidade principal garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo.

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.⁴⁴

Este parágrafo de Calsamiglia resume, de forma bastante concisa e clara, como Dworkin emprega sua tese dos direitos à resolução de conflitos na esfera decisional. Mesmo estando Dworkin inserto numa realidade jurídica diferente da nossa, pode-

⁴³ CALSAMIGLIA, Albert. *Op. cit*

⁴⁴ *Ibid.*

se observar, através deste esquema, a possibilidade de aplicação concreta de sua tese ao Direito nacional.

1.3 A tese da resposta certa

Este é um tema bastante interessante, bem como controverso, no qual Dworkin defende a idéia de que exista uma resposta correta nas decisões judiciais, mesmo em se tratando de casos difíceis (*hard cases*, para utilizar-se da nomenclatura dworkiana), nos quais aparentemente poder-se-ia dizer que existe um espaço para a discricionariedade do juiz, sendo esta suposta discricionariedade uma das principais críticas suas ao positivismo jurídico, recorrente ao longo de toda a sua obra.

Para tanto Dworkin parte da premissa de que certos conceitos jurídicos, como os de contrato válido, responsabilidade civil e crime podem ser chamados de "dispositivos", ou seja, possuem a característica de que, sendo válidos em determinada situação, fazem com que os juízes tenham um dever *prima facie* em decidir o pleito em certo sentido, o mesmo ocorrendo quando inválidos. A maneira como Dworkin se utiliza logicamente destes conceitos dispositivo é que dá sustentabilidade à sua tese da resposta correta à toda pretensão jurídica.

Dworkin entende que muitos juristas parecem adotar o que ele chama de "tese da bivalência" para os conceitos dispositivos, ou seja, "em todos os casos, ou a asserção positiva, de que o caso enquadra-se num conceito positivo, ou a asserção oposta, de que não se enquadra, deve ser verdadeira mesmo quando é controvertido

qual delas é verdadeira".⁴⁵ Como por exemplo, "se é verdade que uma troca de promessas constitui ou não um contrato válido, que alguém processado por um delito é ou não responsável por danos, e que alguém acusado de um crime é ou não culpado, então todos os casos em que essas questões são dispositivas têm uma resposta certa".⁴⁶

Dworkin pretende demonstrar ser ambígua a tese de que em alguns casos não há resposta correta para uma questão de direito. Para ele existem duas versões dessa tese, e ambas negam a validade da tese da bivalência para conceitos dispositivos, mas divergem quanto ao argumento. A primeira entende que tanto a asserção positiva quanto a negativa podem ser falsas, havendo, portanto, um espaço lógico entre estas proposições que permitiria haver uma terceira resposta possível. Já a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta não supõe esse espaço lógico, ou a existência de uma terceira possibilidade, no entanto nega que uma das proposições seja sempre válida.

Estas teses podem ser colocadas mais formalmente, de maneira a demonstrar sua diferença lógica. Digamos que uma questão dispositiva seja representada pela proposição (p). Sua negação lógica é ($\sim p$). Logo, segundo a bivalência, se (p) é verdadeiro, ($\sim p$) é falso e vice-versa. Digamos q (p) seja a validade de um dado contrato, sua não-validade seria ($\text{não-}p$). A primeira versão da tese de nenhuma resposta correta entende que ($\text{não-}p$) é

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 176.

⁴⁶ Ibid., p.177.

diferente de ($\sim p$). Ela entende que (não- p) pode ser (r), diferente de ($\sim p$), sendo que a decisão poderia ser (q), diferente de (r) e (p). Já a segunda versão não entende que (não- p) é diferente de ($\sim p$), mas entende que em alguns casos nem (p) e nem ($\sim p$) seriam verdadeiros, invalidando, desta forma, a tese da bivalência.

Dworkin acredita que esta diferença nas versões produz, caso sejam verdadeiras, diferentes critérios de discricionariedade. Enquanto na primeira ela deve estar prevista na lei, na segunda a mesma ocorre por lacuna na lei, reservando ao juiz uma maior discricionariedade.⁴⁷

1.3.1 A primeira versão

A primeira versão da tese de nenhuma resposta correta sustenta que entre um conceito dispositivo e sua aparente negação, existe um espaço ocupado por um conceito diverso, mesmo que não haja um nome específico para o mesmo. Esta é uma afirmação de natureza semântica, no entanto parece difícil de ser sustentada na medida em que os juristas realmente tratam "não válido" como a negação de "válido", ou "não responsável" como a negação de "responsável".

Poderia, por exemplo, um defensor desta tese, argumentar que dizer que um contrato é válido significa o mesmo que dizer que existe um dever do juiz em impor as condições estabelecidas no mesmo, ou um dever de não impor tais condições caso o contrato não seja válido, e que há um espaço discricionário entre as duas

⁴⁷ Ibid., p.180.

proposições de dever judicial. Contra esta linha de argumentação, Dworkin considera que

[...] devem existir algumas diferenças de significados entre a proposição de que um contrato é válido e a proposição de que os juízes têm o dever de impor as promessas que compõem o contrato, isso porque, normalmente, considera-se que o primeiro enunciado oferece um argumento a favor do segundo, e não apenas que constitui uma reafirmação do mesmo, que incorre em petição de princípio. Se existe uma ligação conceitual, não simplesmente contingente, entre conceitos dispositivos e direitos e deveres jurídicos, também existe uma ligação conceitual, não meramente contingente, entre tais conceitos e os tipos de eventos que relatam.⁴⁸

1.3.2 A segunda versão

Dworkin considera três argumentos que podem embasar a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta. O primeiro apóia-se na imprecisão ou textura aberta da linguagem jurídica. O segundo é o utilizado pelo positivismo que credita às proposições de Direito uma estrutura oculta que explica como tanto a validade quanto a invalidade de um dado contrato, por exemplo, podem não ser verdadeiros. O terceiro argumento refere-se a grande controvérsia que suscitam determinadas questões, nas quais ambos os lados falham em demonstrar o erro do outro.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.183.

1.3.3 O argumento da imprecisão

Apesar de ser uma idéia relativamente popular entre os juristas que a imprecisão na linguagem gera uma imprecisão de julgamento, há, segundo Dworkin, uma confusão entre aquele fato e a conseqüência interpretativa em que o mesmo incorre, pois supõe que um termo impreciso utilizado pelo legislador acarreta um efeito imediato sobre o Direito, como se este fosse determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras da lei, ou seja, a imprecisão dos termos acarretaria uma imprecisão do Direito. "Mas essa suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto da lei sobre o direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinam que força se deve considerar que uma palavra imprecisa tem numa ocasião particular, ou, pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais, que, em princípio, têm uma resposta certa". ⁴⁹

1.3.4 O argumento do positivismo

Existem diversas formas de positivismo jurídico. E todas têm em comum a idéia de que a lei decorre de ato ou decisão humana, seja ela de uma autoridade ou grupo com poder político, seja da mera aceitação de costumes que tornaram-se regras; ou seja, existe um conjunto de atos necessários que validam as leis. "Podemos, portanto, anunciar a estrutura do positivismo, como tipo de teoria jurídica, desta maneira: se '*p*' representa uma proposição de direito, e '*L(p)*' expressa o fato de que alguém ou algum grupo atuou de maneira que torna (*p*) verdadeiro, então o

⁴⁹ Ibid., p.189.

positivismo sustenta que (p) não pode ser verdadeiro a menos que $L(p)$ seja verdadeiro".⁵⁰

Dworkin acredita que esta estrutura fornece um argumento favorável à segunda versão da tese de nenhuma resposta, pois (p) verdadeiro decorre de $L(p)$ verdadeiro, e $(\sim p)$ só é verdadeiro se $L(\sim p)$ também o for. Poderíamos afirmar que em alguns casos tanto $L(p)$ quanto $L(\sim p)$ podem ser falsos, pois, por exemplo, tanto pode ser falso que um poder soberano ordenou determinado ato quanto ele o proibiu. E nestes casos, tanto (p) quanto $(\sim p)$ não podem ser verdadeiros, que é justamente o que sustenta a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta.

As diferentes formas de positivismo não apenas distinguem diversos valores de "L", mas também diferentes relações entre $L(p)$ e (p) . Segundo Dworkin, o positivismo semântico sustenta uma identidade entre $L(p)$ e (p) , como se, por exemplo, a regra "o contrato de Tom é válido" fosse equivalente a dizer que "um poder soberano ordenou que contratos como o de Tom sejam cumpridos". A segunda versão da tese de nenhuma resposta correta reconhece que "o contrato de Tom não é válido" é a negação lógica de "o contrato de Tom é válido", e podemos representá-los então por $(\sim p)$ e (p) . Ora, se para corroborar a segunda versão é necessário um valor de "L" que tanto $L(p)$ quanto $L(\sim p)$ possam ser falsos, disso decorreria que tanto (p) e $(\sim p)$ seriam falsos, devido à identidade entre $L(p)$ e (p) , entrando em contradição com a negação lógica anteriormente aceita. Logo, essa forma de

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.194.

positivismo não pode corroborar a segunda versão da tese de nenhuma resposta correta.

Há, porém, formas de positivismo que não entendem que haja uma identidade de significado entre $L(p)$ e (p) , mas apenas uma vinculação lógica mútua, como por exemplo, o contrato de Tom é válido se algum poder soberano determinou que contratos como o seu sejam válidos e vice-versa; ou mesmo apenas uma equivalência funcional de verdade, de modo que sempre que for verdadeiro que o contrato de Tom é válido, também será verdadeiro que algum poder soberano determinou que contratos como o dele fossem considerados válidos, e vice-versa. Dworkin considera esta última uma forma mais fraca de positivismo, e a ela dirige seu argumento, salientando que o mesmo também é válido para a primeira, mais forte. "Se (p) tem equivalência funcional de verdade com $L(p)$, então (p) é falso, e não simplesmente não verdadeiro, quando $L(p)$ é falso. Portanto, quando $L(p)$ é falso, $(\sim p)$, que é a negação lógica de (p) , deve ser verdadeiro. Como $L(p)$ deve ser verdadeiro ou falso, então (p) ou $(\sim p)$ deve ser verdadeiro, que é o que a segunda versão nega".⁵¹

1.3.5 O argumento da controvérsia

Para Dworkin este é o argumento mais influente a favor da segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, e é apresentado sob a forma de uma doutrina por ele chamada de *tese da demonstrabilidade*.

⁵¹ Ibid., p.196.

Essa tese afirma que, se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Com "fatos concretos" quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas. Com "demonstrar" quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade.⁵²

Se, por exemplo, juristas discordam de como determinada lei pode ser interpretada devido à imprecisão dos termos, então, segundo a tese da demonstrabilidade, a proposição dispositiva de que o contrato de Tom é válido não pode ter sua veracidade demonstrada, o que acarretaria a impossibilidade de uma resposta correta neste caso. Claro que esta impossibilidade somente ocorrerá caso a tese da demonstrabilidade seja válida. Pode-se dizer que a mesma decorre de uma forma estrita de empirismo, pois considera válidos somente fatos concretos, no sentido que Dworkin os atribuiu no parágrafo anterior. Ora, se existe outra coisa, além dos fatos concretos, que possam validar proposições de Direito, a tese da demonstrabilidade, na forma acima expressada, deve ser falsa. Neste ponto Dworkin recorre ao que ele chama de fatos morais, que existiriam independentemente de fatos físicos ou de fatos relativos a pensamentos ou atitudes das pessoas, como por exemplo, a escravidão. Ela é injusta não porque as pessoas

⁵² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.204.

pensam que ela o seja, ou porque existem convenções que a tornam injusta, e sim porque ela é injusta enquanto fato moral. Dworkin não pretende neste ensaio fazer um exercício metafísico a respeito da existência de tais fatos morais, mas sim demonstrar que existem outros fatos juridicamente relevantes além dos fatos concretos, e que a tese da demonstrabilidade parece depender diretamente da pergunta acerca do que existe.

Dworkin propõe um exercício literário para explicitar sua linha de argumentação, no qual algumas pessoas estão reunidas discutindo a respeito do personagem David Copperfield, de Charles Dickens. "Os participantes afirmam uma proposição sobre David como verdadeira (ou a negam como falsa) se essa proposição ajusta-se melhor (ou pior) que sua negação às proposições já estabelecidas, porque ela explica de maneira mais satisfatória porque David fez o que fez, disse o que disse ou pensou o que pensou, segundo as proposições estabelecidas".⁵³

As palavras chaves desse exercício são "coerência narrativa". Muitas vezes os participantes irão concordar entre si, e certamente também ocorrerão discordâncias. No entanto, mesmo nestas discordâncias haverá uma compreensão suficiente dos argumentos para estabelecer uma ordem de plausibilidade, pois alguns argumentos serão tão favoráveis à veracidade de uma dada proposição que, mesmo em se tratando de um personagem fictício e não de fatos concretos, pode-se dizer que, por coerência narrativa, aquela proposição é válida ou não. Ou seja, para Dworkin, um filósofo empirista teria de reconhecer a existência

⁵³ Ibid., p.206.

dos fatos narrativos, pois mesmo que estes não possam ser provados experimentalmente, o discurso argumentativo torna-os existentes e relevantes para este exercício.

Dworkin entende que o sistema jurídico pode assemelhar-se a este exercício literário, na medida em que "uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falso se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária".⁵⁴ Mas existem diferenças significativas entre a idéia de coerência utilizada nessa descrição do raciocínio jurídico e a idéia de coerência narrativa no exercício literário, pois "o raciocínio jurídico faz uso da idéia de coerência normativa, que é claramente mais complexa que a coerência narrativa e, pode-se considerar, introduz novos fundamentos para afirmações de subjetivismo. Não obstante, a comparação talvez ajude a explicar porque é razoável supor que pode existir uma resposta correta para a questão de se o contrato de Tom é ou não válido, mesmo que a resposta não possa ser demonstrada".⁵⁵

Dworkin reconhece que existiriam questões no exercício literário para as quais não haveria nenhuma resposta certa, como por exemplo, se David teria sangue tipo A ou não. Isso se deve a

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.211.

⁵⁵ *Ibid.*, p.211.

extensão do romance de Dickens e ao caráter da pergunta. Haveriam questões no sistema jurídico que, por razões semelhantes, não teriam uma resposta correta? Dworkin entende que isso dependeria da complexidade do sistema jurídico, bem como do entendimento da afirmação de que "uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas".⁵⁶ Para ele há duas dimensões através das quais se pode avaliar se uma teoria fornece a melhor justificativa: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. "A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra".⁵⁷ Dworkin acredita que, num sistema jurídico complexo, seriam raros os casos em que juristas concordem que nenhuma das teorias apresentadas forneceria uma adequação melhor que a outra nesta dimensão. Já a segunda dimensão, ou seja, da moralidade política, avalia se a justificativa apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. Claro que existem divergências, pois existem concepções morais divergentes, mas se levadas em conta as duas dimensões, dificilmente ocorrerá um empate em termos de justificativas, sendo que uma resposta será a correta por ser mais adequada que a outra às duas dimensões.

Dworkin conclui este ponto antecipando possíveis críticas a esta sua posição, dizendo que

⁵⁶ Ibid., p.213.

⁵⁷ Ibid., p.213, grifo do autor.

[...] o argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma idéia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível.⁵⁸

Em suma, a resposta correta de Dworkin não se trata de algo dado objetivamente, como se fosse possível inserir numa "máquina lógica" os fatos considerados juridicamente relevantes e deles se extrair uma resposta correta. E acreditamos ter contribuído um pouco para desmistificar a idéia de que este jus-filósofo se trata de um louco pretensioso ao fazer tal afirmação, pois esta resposta correta é algo construído argumentativamente, talvez trabalho para um Hércules, conforme nos diz Dworkin em outro momento.⁵⁹ De toda sorte, talvez realmente soe bastante pretensioso uma resposta correta para todas as decisões judiciais, e de fato é. Provavelmente Dworkin teria sido menos

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p.215.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, capítulo 4.

criticado se tivesse colocado diferentemente as palavras, afirmando que há, em toda decisão judicial, uma resposta *mais* correta e, portanto, *mais* coerente com a integridade do sistema jurídico, fundamentada nos princípios e, em última instância, numa concepção moral. Neste momento gostaria de acrescentar ainda uma crítica que considero procedente, proferida brilhantemente pelo professor Cárcova: "A única resposta possível é a única resposta *ideologicamente* possível".⁶⁰ De fato, ao assumir a existência de uma resposta correta, Dworkin o faz de acordo com uma ideologia inerente ao sistema jurídico como um todo.⁶¹ Ele próprio assume uma postura ideológica ao se declarar um liberal, defendendo o liberalismo⁶² em diversas ocasiões, dedicando inclusive um capítulo todo ao tema em uma de suas obras.⁶³ De toda sorte, ao assumir uma postura de opção moral ao defender sua tese da resposta correta, Dworkin afasta a tão propalada

⁶⁰ CÁRCOVA, Carlos Maria. Durante aula ministrada na disciplina de Estudos Complementares em Filosofia do Direito no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 6 de abril de 2004. Cumpre observar que Cárcova faz esta observação para demonstrar sua divergência teórica com Dworkin, não acreditando que possa ser possível apenas uma resposta correta sem que se faça um corte epistemológico apoiado numa dada ideologia, ou seja, não acredita que esta resposta correta seja possível senão de maneira reducionista.

⁶¹ Sobre a relação entre Direito e ideologia, vide CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

⁶² da maneira como Dworkin o concebe, que não se confunde com o conceito comumente empregado ao termo. Neste sentido ver Calsamiglia (*op. cit.*).

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, capítulo 8.

“neutralidade” e “objetividade” das posições positivistas, que de neutras não têm rigorosamente nada.

1.4 A cadeia do direito

Dworkin entende o Direito como um exercício interpretativo, e esta atitude interpretativa é o verdadeiro cerne de sua Filosofia do Direito. Mais do que mera hermenêutica, a interpretação em Dworkin é o que dá uma significação singular ao seu pensamento, e ao mesmo tempo revela o caráter transdisciplinar que o Direito assume em sua visão, como podemos observar nesta passagem:

[...] sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.⁶⁴

Dworkin desenvolve uma comparação do direito com a produção literária, na medida em que compara o juiz de direito com um

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 217.

crítico literário e escritor ao mesmo tempo. Ele parte da premissa de que a prática jurídica é um exercício interpretativo, "nos termos da filosofia do direito, a interpretação como um modo de conhecimento, como uma atitude epistemológica".⁶⁵ "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 alguma nova direção." ⁶⁶

1.5 O direito como integridade

Dworkin entende que existem, na teoria política, certos ideais que devem ser perseguidos, quais sejam, "os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo eqüitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Para ser breve, vou chamá-los de virtudes da eqüidade, justiça e devido processo legal adjetivo". ⁶⁷ Há para ele um quarto ideal, que se coloca ao lado destes e com eles se relaciona, ao qual ele denomina *integridade*. Essa exigência específica de moralidade política pode ser compreendida a partir do princípio da igualdade, no qual devemos tratar os casos semelhantes da mesma maneira, mas a

⁶⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*. Curitiba: J.M., 1995, p. 96.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 238, grifo do autor.

⁶⁷ _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 199-200.

ele não se resume, pois "a integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e eqüidade corretos". ⁶⁸

O Direito como integridade nada mais é que uma concepção interpretativa do Direito que se diferencia das concepções do convencionalismo e do pragmatismo por basear-se no princípio da integridade. "Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade". ⁶⁹

Dworkin distingue entre duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. "A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação de direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar as normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso atual sistema de normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas". ⁷⁰

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 202.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 272.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 261.

O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento contínuo.

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva. O nosso direito constitui na melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas. O Direito como integridade é mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões de casos difíceis serão tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro.

Todos os juízes estão sujeitos a tomarem decisões difíceis, optando por diferentes decisões de acordo com sua interpretação. A sentença de um juiz e suas conclusões pós-interpretativas devem ser extraídas de uma interpretação que adapte-se aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível. A teoria da integridade exige que os juízes, na medida do possível, considerem ser o Direito estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem aos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação seja sempre justa e eqüitativa.

A legislatura pode justificar suas decisões de criar novas leis mostrando-nos como estas vão contribuir, juntamente com a política, para o bem-estar da comunidade, conforme prega o pragmatismo. Contudo, os juizes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Os juizes devem tomar decisões de acordo com os princípios e não com a política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais aplicáveis na época em que essas partes praticaram determinado fato.

O direito como integridade exige que um juiz ponha a prova sua interpretação da lei, afastando-a de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas que interferem em sua comunidade.

Os juizes terão diferentes ideais sobre equidade, sobre o que seria mais justo em determinado caso, o que a opinião de cada cidadão deveria representar nas decisões do Estado e na escolha por determinados ideais de justiça na aplicação do Poder de Polícia que lhes é concedido. Haverá divergências sobre a melhor solução dos conflitos entre esses dois ideais políticos. Muitos juizes vão considerar a força interpretativa da moral popular muito mais frágil em casos constitucionais, pois pensam que o objetivo da Constituição é proteger os indivíduos contra aquilo que a maioria considera "correto".

O direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação à ramificação do Direito, pois o princípio de integridade pede para que os juizes tornem o Direito coerente como um todo, dentro das suas possibilidades. Assim, o Direito poderia ser mais bem sucedido, se ignorasse os limites acadêmicos e submetesse alguns de seus segmentos a uma reforma radical, tornando-os mais

compatíveis uns com os outros. A compartimentalização do Direito seria algo meramente didático, pois o Direito é um todo que se completa moldado sob a ótica constitucional.

Os casos de difícil resolução apresentam-se diante de qualquer magistrado, e quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de acordo com as leis aplicáveis, deve este fazer uma escolha racional perguntando-se qual delas é a mais adequada do ponto de vista da moral política, da estrutura das instituições e decisões aceitáveis pela comunidade. Diferentes juízes vão divergir sobre cada uma dessas questões e conseqüentemente, adotarão pontos de vista diferentes sobre aquilo que deveria ser aplicado a determinado caso utilizando sempre as normas aplicáveis à comunidade.

Os diferentes aspectos da abordagem de trabalho de um juiz são sensíveis ao seu juízo político, expressam seu compromisso com a integridade. O magistrado acredita que uma interpretação que esteja abaixo de seu limiar de adequação mostra o histórico da comunidade sob uma ótica maléfica, pois propor este modo interpretativo sugere que a comunidade tenha por característica desonrar seus próprios princípios.

Dentro do Direito a visão integralista tem sido muito mal compreendida, devido a sua recusa em aceitar a opinião popular, dizendo que não existem respostas exclusivamente certas nos casos conturbados dentro da esfera do próprio Direito. Nestes casos o juiz utiliza-se de suas preferências pessoais, já que não possui fundamentos para sustentar sua opinião, sendo um cidadão comum, mero portador de um cargo público com capacidade decisória. Desta forma, não há como provar se a opinião do magistrado, seguindo

determinada linha de raciocínio, na omissão da lei, é mais justa, que a maneira pensada por um do povo.

Admite-se, no entanto, que é possível encontrar um conjunto de princípios coerentes, vigorável em cada área do Direito, de modo que se ajuste de maneira plausível dando razoabilidade às decisões judiciais. Os juízes podem divergir em suas decisões sobre o Direito, sob seu ponto de vista teórico. Divergências interpretativas-teóricas são constitutivas e responsáveis pela construção dinâmica do Direito.

Conclui-se que os objetivos do direito como integridade são aqueles que trabalham para descobrir até que ponto os juízes têm, diante de si, caminhos abertos para aperfeiçoar o Direito ao mesmo tempo em que respeitam as virtudes da fraternidade que a integridade serve.

Capítulo III - OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Agora que já criticamos o positivismo jurídico com Dworkin e compreendemos os principais pontos de sua Filosofia do Direito, tentamos contextualizar, de certa forma, sua idéia do Direito como integridade desde uma perspectiva romano-germânico, complementado-a com a análise de outros autores inseridos neste contexto, trazendo uma abordagem (neo) constitucionalista dos princípios e direitos fundamentais, "levando os direitos a sério" numa realidade normativa diversa do *common law*, qual seja, a nossa.

3.1 Princípios e regras

A interpretação principiológica do Direito⁷¹ tornou-se uma metodologia bastante utilizada em nossos meios acadêmicos por diversos autores descontentes com o dogmatismo-positivista que ainda é preponderante em nosso país.⁷²

⁷¹ Ou "principiologia axiológica de índole constitucional" para empregar uma expressão com sentido semelhante utilizada como metodologia pelo prof. Fachin em suas aulas (curso de Mestrado em Direito da UFPR - 2005)

⁷² Os constitucionalistas são preponderantes nesse grupo, como Clèmerson M. Clève, Humberto Ávila, Cláudio Pereira de Souza Neto, só para citar alguns nomes. No entanto mesmo notáveis civilistas têm defendido uma publicização do Direito Privado, uma aproximação com a esfera constitucional, valendo-se de uma interpretação norteada pelos princípios, como FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil - Constitucional*.

Embora já tenhamos tocado na distinção entre regras e princípios realizada por Dworkin quando do seu ataque ao positivismo, cabe aqui uma análise um pouco mais detida nesta distinção sob um prisma constitucionalista, especialmente a que Humberto Ávila propõe em sua *Teoria dos Princípios*⁷³, qual seja, manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamentos diversos dos comumente empregados pela doutrina. Para ele a necessidade de distinção das diversas categorias - regras, axiomas, postulados, máximas, critérios, etc. - não se trata de uma mera questão terminológica, e decorre da necessidade de diferentes designações para fenômenos diversos.

Texto e norma não se confundem, ou seja, não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, onde houver um não haverá necessariamente o outro. A interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. Em face disto, não há que se falar em subsunção entre conceitos prontos na aplicação do Direito. Pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso, pois interpretar é construir a partir de algo, por isso "reconstruir". Em suma, a qualificação de determinadas normas como princípios ou regras depende da colaboração constitutiva do intérprete.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4^a. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

Para Josef Esser e Karl Larenz os princípios diferem qualitativamente das normas pois oferecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. Para Canaris qualifica-se como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distinto seu modo de interação.

Dworkin entende que os princípios possuem, ao contrário das regras, uma definição de peso, que quando colidem o princípio de maior peso se sobrepõe ao outro, mas sem tirar-lhe a validade. Alexy, partindo das considerações de Dworkin, utiliza critérios comparativos de prevalência dos princípios para sopesar uma eventual colisão dos mesmos. Enquanto no conflito de regras elas podem estar dentro ou fora da ordem jurídica, os princípios se situam no interior, havendo colisão.

3.1.1 Critérios de distinção entre princípios e regras segundo Ávila

O primeiro critério, chamado por Ávila de *caráter hipotético-condicional*, se baseia no fato das regras serem formuladas no sentido de hipótese e uma consequência, no formato *se... então...* enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontrar a regra aplicável ao caso concreto. No entanto, se o princípio indica um "primeiro passo" para aplicação ao caso concreto, poder-se-ia deduzir que a regra daria o "último passo", que é dada em verdade pela decisão interpretativa. Também os princípios podem ser reescritos no sentido de hipótese e consequência, ou seja, apenas a mera formulação lingüística não é um critério convincente. Além disso, como já foi dito, não se pode confundir o dispositivo com a regra, ou seja, um dispositivo pode conter uma formulação hipotética-condicional e ainda assim tratar-se de um princípio.

Esse mesmo dispositivo poderá ser empregado enquanto regra e enquanto princípio durante a decisão interpretativa.

Um outro critério de distinção entre regras e princípios é o do *modo final de aplicação*, e se sustenta no fato de as regras se aplicarem de modo absoluto, *tudo ou nada*, como sustenta Dworkin, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual, com *mais ou menos peso*.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁷⁴

Mas para Ávila a distinção entre princípios e regras não pode ser realizado pelo método do *tudo ou nada* porque estas também necessitam de ponderações e interpretação para aplicação ao caso concreto, a diferença estaria no grau de abstração anterior à interpretação. Há que se ponderar ainda que tanto as regras precisam ser interpretadas em função de princípios quanto estes muitas vezes necessitam da complementação de regras para sua aplicação. Tanto em um caso como em outro sempre deverão ser levados em conta as características individuais de cada caso concreto quando de sua aplicação interpretativa. "É o modo como o

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, que permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa".⁷⁵

O critério do *conflito normativo* se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras ser um verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Mas a ponderação não é uma exclusividade dos princípios frente às regras, e diz respeito a ambos na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões atribuídas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. A já citada dimensão de peso dos princípios não é um atributo abstrato em si dos mesmos, mas dependem de um juízo valorativo do aplicador, que lhes atribui conforme cada caso concreto.

Não se pode dizer que uma regra deva ser excluída do ordenamento quando conflituosa, apenas que será decidido em favor de uma ou outra em cada caso concreto sem que haja uma exclusão formal de uma delas sequer do caso concreto, pois mesmo a regra "vencida" pode e deve ser utilizada como contra-peso interpretativo à regra aplicada.

Os princípios remetem a valores e a diferentes modos de promover o resultado. Muitos autores enfatizam que os valores dependem de apreciação subjetiva e por isso carecem de valor de

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Ibid.*, p 41.

verdade. No entanto, no caso dos princípios, o que importa não é a verificação dos valores em jogo e sim uma legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente estes mesmos valores.

A distinção entre categorias normativas, principalmente entre princípios e regras, tem por finalidade fundamental fornecer critérios minimamente seguros de antecipação das características normativas e minorar a sobrecarga argumentativa que pesa sobre o aplicador. A análise das normas pode ser realizada em dois níveis, um abstrato, e outro conclusivo, no momento de aplicação ao caso concreto. O critério do caráter hipotético-condicional revela-se inconsistente em ambos os planos, enquanto que os critérios do modo final de aplicação e do conflito normativo são inadequados para uma classificação em abstrato, pois dependem de elementos que só podem ser corroborados levando-se em conta todas as circunstâncias concretas.

A proposta de distinção defendida por Ávila pode ser qualificada como *heurística* na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos sem assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação destes conteúdos. Ao invés de alternativas exclusivas em que um dispositivo ou é regra, ou é princípio, propõe-se uma classificação de alternativas inclusivas no sentido de que um ou vários dispositivos, ou a implicação lógica deles decorrente, pode ser experimentar uma dimensão comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas os princípios são imediatamente finalísticos. Os princípios são "normas do que deve ser" (teleológicas) enquanto as regras são "normas do que fazer" (deontológicas)⁷⁶. "As regras prevêm condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto os princípios prevêm fins cuja realização depende de condutas necessárias".⁷⁷ As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto à justificação que exigem. Aquelas exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, enquanto que a interpretação e a aplicação dos princípios exigem uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária.

Os princípios abrangem apenas parte dos aspectos relevantes para uma decisão, sem a pretensão de gerar uma solução específica, ou seja, são normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade, enquanto as regras têm a pretensão de gerar uma solução específica, que abrange todos os aspectos relevantes de uma decisão, ou seja, são normas preliminarmente decisivas e abarcantes.

Humberto Ávila propõe esta conceituação para regras e princípios:

⁷⁶ Esta conceituação de Ávila parece incompleta, pois podemos ainda acrescentar a existência de normas permissivas.

⁷⁷ Ibid., p 65.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁷⁸

Esta definição de Ávila é passível de críticas, pois alguns princípios possuem um caráter decisório, veja-se por exemplo o princípio da insignificância no Direito Penal.

3.2 Os direitos fundamentais

Falamos no capítulo passado sobre a Tese dos Direitos de Dworkin e sua importância. Gostaríamos de complementá-la, neste momento, com a análise de Alexy dos Direitos Fundamentais enquanto direitos subjetivos, pois acreditamos que uma fusão das duas noções pode fornecer melhores subsídios argumentativos em favor daqueles num contexto jurídico romano-germânico como o é o brasileiro.

⁷⁸ Ibid., p. 70.

3.2.1 Os direitos subjetivos

Grande tem sido a discussão acerca dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, sendo que a maioria delas centra-se em questões normativas, empíricas e analíticas.

Ao se questionar por quais razões um determinado sujeito tem direitos, e quais são esses direitos, está-se diante de questões *ético-filosóficas*, e estas independem da validade desses direitos em um determinado sistema jurídico. Esta questão da validade de um direito em relação ao sistema jurídico positivo se torna importante quando se trata de aspectos *jurídico-dogmáticos* de um determinado direito.⁷⁹

Se a preocupação se volta para a importância prática desse direito em termos processuais, ou seja, se o texto normativo confere ao seu titular a capacidade de exigir o seu cumprimento frente ao Estado, então, está-se diante de uma questão *normativa*. Esta questão normativa é de extrema importância para o presente estudo.

As questões empíricas ligadas aos direitos subjetivos relacionam-se com a historicidade desses direitos, bem como a função por eles desempenhada no sistema (para as relações de dominação, por exemplo). Assim, a importância das questões empíricas para uma teoria jurídica dos direitos fundamentais está ligada aos aspectos teleológicos e históricos, entretanto, se analisados somente estes aspectos, não seria possível aquilatar

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los de derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 174.

acerca da juridicidade desses direitos, o que somente é possível a partir de uma análise normativa.

Na teoria estrutural dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy, as questões analíticas assumem um papel preponderante. E para compreendê-las, se faz necessário distinguir entre *norma* e *posição*. A norma é expressa por um enunciado normativo ("Todos têm direito de expressar livremente sua opinião"), sendo que se o titular desse direito tem condições de exigir o seu respeito por parte de seu destinatário, então, pode-se dizer que ele se encontra em uma posição jurídica segundo a qual pode exigir de outrem o respeito ao seu direito. A posição jurídica tem sua importância relacionada à noção de *propriedade normativa* do sujeito, e à noção de *relação normativa* desse sujeito com outros, o que pode ser uma relação diádica ("tem um direito em relação a B"), ou uma relação triádica ("tem frente a B um direito a C"). Alexy passará a tratar dos direitos subjetivos como posições e relações desse tipo.⁸⁰

A partir da compreensão acima esboçada (direitos como posições e relações), torna-se possível diferenciar (a) razões para os direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas, e (c) a imponibilidade jurídica dos direitos subjetivos.

A razão de existência de um direito subjetivo está relacionada com a finalidade da norma correspondente no sistema jurídico. Enunciados concretos sobre razões podem ser assim expressados: "G é uma necessidade que está inevitavelmente

⁸⁰ Ibid., p. 178.

imposta pela natureza animal do homem". Este enunciado expressa a razão para a existência de um determinado direito a G. Enunciados sobre a proteção equivalem a "a pode reclamar da violação de seu direito a G através de uma demanda". Tanto o enunciado concreto sobre razões, quanto o enunciado sobre proteção diferem do enunciado sobre direito: "a tem direito a G". Assim, há que se ponderar de que forma esses três tipos de enunciados se relacionam.⁸¹

A relação entre o enunciado concreto sobre razões e o enunciado sobre direitos é de fundamentação. A relação entre o enunciado sobre direitos e o enunciado sobre proteção expressa uma posição jurídica, ou seja, "a capacidade jurídica para impor um direito", o que, por si só, também pode ser considerado um direito. Assim, esta relação converge duas posições, ou dois direitos. Pode-se questionar da relevância acerca de uma relação como esta, a partir da compreensão de que só haveria um direito em uma dada ordem jurídica se ele fosse imponível, ou exigível. Entretanto, esta relevância se visualiza na ausência de relação necessária entre a existência do direito e da sua exigibilidade, bem como na maior viabilidade prática para o conhecimento do sistema jurídico de se diferenciar um enunciado sobre o direito de um enunciado sobre sua proteção, já que o primeiro pode ser estudado sem o segundo. O enunciado sobre direito tem importância central para a dogmática jurídica.

⁸¹ Ibid., p. 180.

A partir do aspecto analítico da discussão acerca dos direitos subjetivos, é possível observar as diversas e numerosas análises e classificações daquilo que se chama "direito".

Uma das propostas é aquela veiculada pelas teorias tradicionalistas, as quais buscam revelar todas as posições jurídicas decorrentes de um determinado direito subjetivo. Esta foi a preocupação de Lindhal, ao propor a identificação de direitos subjetivos a partir de combinações dos operadores deônticos com operadores de ação. A quantidade gigantesca de posições jurídicas resultantes fez com que ele recorresse a regras não-lógicas para diferenciar quais posições jurídicas deveriam realmente ser consideradas.⁸²

Em virtude do problema terminológico oriundo desta concepção, uma vez que passaram a ser chamados de "direitos subjetivos" uma infinidade de posições jurídicas, Alexy manifesta a necessidade de aclarar o tema, criando um conceito geral a partir do qual se possam identificar características terminológicas.

3.2.2 Um sistema de posições jurídicas fundamentais

"A base de uma teoria analítica dos direitos é uma divisão tríplice das posições que devem ser designadas como 'direitos' em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências".⁸³

3.2.2.1 Direitos a algo

⁸² Ibid., pp. 184-185.

⁸³ Ibid., p. 186.

Um enunciado de um direito a algo pode ser assim generalizado: "(1) *a* tem frente a *b* um direito a *G*". Logo, um direito a algo reflete uma relação triádica em que figura o titular do direito *a*, o destinatário do direito *b*, e o objeto do direito *G*. A partir daquilo que se coloca em cada uma dessas posições do enunciado geral, podem derivar múltiplos direitos a algo.

É o objeto do direito que determina sua multiplicidade, sendo que ele pode corresponder a uma ação ou uma omissão do destinatário. Assim, existem direitos a uma ação positiva, e direitos a uma ação negativa. Os primeiros correspondem aos direitos de defesa, os segundos, aos direitos a prestações.

Direitos a ações negativas (direitos de defesa): Esses direitos de defesa do cidadão frente ao Estado podem ser diferenciados em (a) direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações; (b) direitos a que o Estado não afete propriedades e situações; e (c) direitos a que o Estado não elimine posições jurídicas.

Direitos ao não impedimento de ações: O impedimento a uma determinada ação se verifica quando o Estado cria situações que tornam faticamente impossível a realização da ação objeto do direito. A obstaculização, por sua vez, ocorre quando são criadas circunstâncias capazes de impedir a realização da ação.

Verifica-se assim uma diferença de grau de intensidade entre estas duas situações - impedir e obstaculizar - o que poderia ser reunido, para fins de caracterização da hipótese aqui tratada, no conceito de turbar.

Além de turbar a realização da ação, o Estado pode torná-la juridicamente impossível, a partir da revogação de normas que lhe eram constitutivas - sem as normas constitutivas, a ação torna-se juridicamente impossível. Em virtude de estas ações serem possibilitadas a partir de normas constitutivas, elas são denominadas de ações institucionais. O comprometimento das ações institucionais em virtude de revogação das normas constitutivas significa uma relação conceitual. Seu comprometimento em virtude de turbação revela uma relação fática. (p. 190/191)

Quando o Estado impossibilita a realização de determinados atos jurídicos a partir da revogação das normas constitutivas, ele atinge posições jurídicas dos indivíduos que poderiam exercer esses atos, as quais são denominadas competências, e serão tratadas, portanto, no terceiro grupo. Neste grupo encontram-se tão somente os impedimentos via turbação.

Assim, o enunciado geral do direito aqui tratado pode ser assim apresentado: "a tem frente ao Estado um direito a que este não lhe estorve a realização da ação h".

Direitos a não afetação de propriedades e situações: Estes direitos são aqueles através dos quais seu titular pretende se ver protegido de ações do Estado que lhe afetem propriedades (direito de viver ou de estar são) ou situações jurídicas (inviolabilidade de domicílio). O enunciado correspondente expressa-se assim: "a tem frente ao Estado um direito a que este não afete a propriedade A (a situação B) de a".⁸⁴

⁸⁴ Ibid., p. 192.

Direitos a não eliminação de posições jurídicas: Neste grupo encontram-se os direitos a que o Estado não elimine posições jurídicas do titular, as quais são definidas (configuradas) por determinadas normas jurídicas constitutivas. Pode enunciar-se esse direito da seguinte forma: "a tem frente ao Estado um direito a que este não elimine a posição jurídica *PJ* de a". Assim, o direito do cidadão a que esta posição jurídica não seja eliminada é o direito a que o Estado não revogue as normas constitutivas correspondentes.

Direitos a ações positivas: O direito do cidadão de exigir uma ação positiva frente ao Estado pode ser relativo tanto a uma ação fática, quanto a uma ação normativa. No primeiro caso, a realização do direito se dá independentemente da forma como o Estado vai atuar, já no segundo, importa como o Estado vai editar a norma que garante a realização do direito do titular. Os direitos a ações positivas fáticas são denominados por Alexy como direitos a prestações em sentido estrito, e os direitos a ações positivas normativas correspondem aos direitos a prestações em sentido amplo.

"Para a dogmática dos direitos fundamentais é igualmente importante a determinação da relação do conceito de direito a algo com os conceitos de dever e de liberdade".⁸⁵

A lógica dos três conceitos básicos mandato (obrigação), proibição e permissão estabelece-se a lógica deôntica. A partir destes conceitos é que se estabelecem os enunciados deônticos.

⁸⁵ Ibid., p. 197.

Neste diapasão, o conceito de permissão, enquanto negação de proibição, assume especial relevância para a teoria dos direitos fundamentais. Entretanto, não basta afirmar que o permitido é aquilo que não está proibido, pois ele pode ser ordenado. Há que se estabelecer um conceito de permissão em que estejam ausentes tanto a proibição quanto o mandato, ou seja, uma permissão positiva e uma permissão negativa (de fazer ou não fazer algo), o que pode ser denominado de "posição livre".⁸⁶

A compreensão dos direitos a algo através das modalidades deônticas reclama sua apreciação sob um novo enfoque: seu caráter relacional. Significa que um direito a algo é compreendido através dos conceitos de direito e dever a partir da relação triádica que o constitui: "a tem frente a b um direito a que b lhe ajude", o que corresponde a "b está obrigado frente a a a ajudá-lo". Neste segundo enunciado fica evidente o caráter relacional.

Wesley Newcomb Hohfeld⁸⁷ desenvolveu uma tese a respeito das ligações lógicas existentes entre as relações jurídicas a qual pode explicar, de certa forma, a lógica deôntica dos direitos a algo. Trata-se de um esquema duplo de relações jurídicas, cujas intersecções podem refletir os equivalentes deônticos dessas relações:

⁸⁶ Ibid., p. 200.

⁸⁷ Ibid., p. 203, nota 96.

1. Direito de <i>a</i> frente a <i>b</i> a um fazer	Direito de <i>a</i> frente a <i>b</i> a uma omissão
(DabG)	(Dab-G)
Nenhum direito de <i>a</i> frente a <i>b</i> a uma omissão	Nenhum direito de <i>a</i> frente a <i>b</i> a um fazer
(-Dab-G)	(-DabG)
2. Obrigação de <i>b</i> frente a <i>a</i> de um fazer	Obrigação de <i>b</i> frente a <i>a</i> de uma omissão
(ObaG)	(Oba-G)
Permissão para <i>b</i> frente a <i>a</i> de um fazer	Permissão para <i>b</i> frente a <i>a</i> de uma omissão
(-Oba-G) (PbaG)	(-ObaG) (Pba-G)

3.2.2.2 Liberdades

Para os fins desenvolvidos no presente estudo, interessa o conceito de liberdade jurídica, o qual pode ser definido como uma espécie de uma conceito maior de liberdade, ou a partir de sua modalidade deontica básica, a de permissão jurídica.

Neste sentido, Alexy vai se ocupar da liberdade jurídica enquanto uma alternativa de ação, ou seja, a possibilidade de fazer ou não fazer algo, o que pode ser expresso da seguinte

forma: "x é livre (não livre) em relação a y para fazer z ou não fazer z".⁸⁸

A liberdade jurídica deve ser compreendida a partir dos seguintes enunciados: "a está livre de proibições jurídicas para expressar sua opinião" e "Está juridicamente permitido a a expressar sua opinião e a está juridicamente permitido não expressar sua opinião". A correlação entre estes dois enunciados é possível porque se trata de uma relação analítica, e não empírica, em que questões fáticas são envolvidas. Nas liberdades não jurídicas (empíricas) os obstáculos não são de ordem jurídica, mas de ordem fática. É precisamente em virtude dessa independência do conceito analítico que torna possível elaborar o conceito de liberdade jurídica a partir do modelador deôntico da permissão.

Diversas são as posições que se enquadram na hipótese de liberdades jurídicas. Para compreendê-las adequadamente, é necessário distinguir entre liberdades não protegidas de liberdades protegidas.

As liberdades não protegidas relacionam-se com a noção de permissão de fazer ou não fazer algo, sendo que ambas as possibilidades estão conjugadas no conceito, o que gera a chamada "posição livre".

O conceito de liberdade não protegida de um sujeito de fazer ou não fazer deve ser compreendido a partir de sua relação triádica, ou seja, esta liberdade não protegida é relacional.

⁸⁸ Ibid., p. 214.

Quando esta relação é de liberdade *erga omnes*, trata-se de uma liberdade não protegida pessoal absoluta, e quando ela é exercida somente frente a algumas pessoas, ela é uma liberdade não protegida pessoal relativa.

Esta liberdade não protegida pessoal é contraposta por uma liberdade não protegida objetiva. Ela é objetivamente absoluta quando uma pessoa pode fazer ou não fazer qualquer coisa, e é objetivamente relativa quando pode fazer ou não fazer ao menos uma ação.

Em se tomando o referencial lógico, as liberdades não protegidas nada mais são que conjunções de negações do dever ser. Em não importando para essas liberdades qual a posição do *dever ser* em seu enunciado conceitual, se ele limita a liberdade ou se ele a institui, tem-se que elas acabam por não conferir direitos aos seus destinatários, ou seja, não conferem o direito de que esta liberdade não seja obstaculizada.

A liberdade não protegida permite ao sujeito fazer ou não fazer uma ação. Esta ação pode estar permitida por uma norma permissiva explícita ou pela ausência de qualquer norma que o proíba ou obrigue (implícita). No caso das normas de direito fundamental, a permissão somente contará se for prevista em norma permissiva explícita.

E isso se deve à importância dessas normas no estabelecimento de limites do "dever ser" em relação às normas de grau inferior. As normas de grau inferior só podem observar permissões que tenham sido expressas, tanto através da proibição de o Estado proibir ou ordenar as condutas, como negação de

competência para o Estado emitir normas neste sentido. A ausência de normas não tem esse caráter vinculante.

A liberdade protegida jusfundamentalmente é aquela prevista em grupos de normas de direito a algo e normas objetivas garantidoras da possibilidade de realizar as ações permitidas.

A estrutura básica das liberdades protegidas é mais facilmente percebida nas relações entre iguais. Essas liberdades podem ser indiretamente protegidas, se pertencem a um "perímetro protetor" da norma, conforme concebido por Hart, ou diretamente protegidas, se forem liberdades de igual conteúdo. Ambas podem vir previstas em normas de direito fundamental subjetivo.

"Toda liberdade jusfundamental é uma liberdade que, ao menos, existe em relação ao Estado".⁸⁹

A liberdade é protegida quando é abarcada por um direito de não turbção passível de ser exercido contra o Estado, o que equivale a um direito a uma ação negativa, ou seja, uma *proteção negativa*. Estando presente uma liberdade jurídica, um direito a não turbção pelo Estado e uma competência para exercer judicialmente esse direito, verifica-se a existência de uma liberdade negativa perfeita contra o Estado.

Se a liberdade de ação é protegida por um direito a uma ação positiva, está-se diante de uma *proteção positiva*. Neste caso, existe uma coincidência estrutural com as normas de direito jusfundamental a uma prestação do Estado. Por isso, a proteção

⁸⁹ Ibid., p. 225.

positiva da liberdade passa a ser chamada de direito a prestação em sentido estrito.

3.2.2.3 Competências

Diante de possibilidades de tratar dessa situação jurídica como "poder", "poder jurídico", "autorização", "faculdade", "direito de configuração", dentre outros, Alexy opta pelo termo "competência", por entendê-lo mais adequado aos seus propósitos.⁹⁰

A competência surge quando, através de determinados atos, uma situação jurídica é modificada. Competência é um conceito mais abrangente que permissão, pois aquele que exerce uma competência necessariamente está diante de uma norma permissiva, mas nem todo aquele que realiza uma ação permitida está imbuído de uma competência. Além disso, quando uma permissão é negada, verifica-se uma proibição; quando uma competência é negada, verifica-se uma incompetência (uma não competência).

A competência pode ser traduzida em um "poder fazer jurídico" garantido por normas específicas que atribuem expressamente a permissão e as condições de validade para realizar o ato.

O critério utilizado acima - modificação de uma situação jurídica - não diferencia a competência de um poder fático, que poderia ser, por exemplo, uma ação delituosa.

⁹⁰ Ibid., p. 227.

Para se diferenciar a competência do poder fático faz-se uso da noção de ação institucional: o exercício de uma competência é a realização de uma ação institucionalizada por regras jurídicas constitutivas. Estas normas constitutivas passam a ser chamadas *Alexy de normas de competência*, o que as diferencia das normas de comportamento, as quais não estabelecem no mundo jurídico possibilidades de ações, mas apenas qualificam ações, criando obrigações, direitos a algo ou liberdades.⁹¹ Neste sentido, se uma norma de competência é descumprida, não há violação da norma, mas nulidade ou deficiência do ato praticado. Todavia, se uma norma de comportamento não é observada, então há um ilícito. Também pode haver um ilícito se uma norma que determina como comportamento o exercício de uma competência é descumprida.

Consideremos que *a* pode modificar a situação jurídica de *b*, a qual não seria modificada se não fosse a ação de *a*. Neste sentido, a relação de competência entre *a* e *b*, coloca *b* em uma posição de sujeição frente a *a*, uma sujeição relacional. Se *a*, entretanto, não tem competência nenhuma sobre a situação jurídica de *b*, ele está em situação de não-competência, a qual leva a uma situação de não-sujeição.

Algumas competências dos cidadãos são protegidas juridicamente por normas jusfundamentais. "O direito a uma competência é vinculado com o conceito de uma garantia institucional e com o conceito de liberdade".⁹²

⁹¹ Ibid., p. 232.

⁹² Ibid., p. 237.

Esta garantia constitucional, como vista pelo Tribunal Constitucional alemão, corresponde a um direito do titular a um não fazer (fazer negativo) do legislador no sentido de que ele não possa eliminar ou modificar fundamentalmente as normas que instituem suas competências. Para esta garantia, basta a existência de proteção objetiva da competência, não importando seu conteúdo. Entretanto, se a proibição de ação se refere diretamente a certos direitos do cidadão, então a proibição é subjetiva.

Na medida em que o sistema atribui mais competências ao cidadão, ele amplia sua margem de liberdade negativa - ou seja, liberdade de escolher entre praticar um ato ou omitir-se. Assim, "a liberdade jurídica para realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência a esse respeito".⁹³ Essa esfera de liberdade negativa do indivíduo também pode ser aumentada através da edição de normas protetoras, principalmente normas penais que proíbam que terceiros turvem o exercício da competência; e através da edição de normas que confirmam direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, normas que determinem a proibição de que as normas instituidoras da competência não sejam revogadas.

"Uma norma de competência negativa é uma norma que limita uma norma de competência positiva"⁹⁴, ou seja, elas retiram competência do Estado em favor dos cidadãos, colocando-os em uma posição de não-sujeição.

⁹³ Ibid., p. 238.

⁹⁴ Ibid., p. 239.

3.2.3 O direito fundamental como um todo

O direito fundamental compreendido em sua totalidade é aquele que reúne uma série de posições jusfundamentais, e deve estar adstrito a uma norma de direito fundamental.

As normas e posições que compõem um direito fundamental como um todo podem ser compreendidas a partir de (1) posições jurídicas básicas; (2) seu grau de generalidade e (3), sua qualidade de regras ou princípios, ou seja, se estabelecem posições jurídicas definitivas ou *prima facie*. Entre a norma e a posição jurídica existem três relações: uma relação de precisão, uma relação de meio/fim, e uma relação de ponderação. A *relação de precisão* corresponde à liberdade jurídica de realizar as ações que, por seu conteúdo e forma, podem ser consideradas como uma real intenção de descobrimento do conteúdo do direito, da verdade, bem como escolher livremente o planejamento e a metodologia para fazê-lo. A *relação meio/fim* está relacionada com a necessidade de existência de normas que prevejam a organização da sociedade e o procedimento de participação dos cidadãos nesta organização. E a *relação de ponderação* pode agir dentro das relações anteriores, bem como na escolha de uma posição jurídica *prima facie* e uma posição definitiva, em caso de colisão.

Assim, conclui Alexy que "um direito fundamental como um todo é um objeto muito complexo, todavia, de modo algum, incompreensível. Está composto por elementos com uma estrutura bem definida, ou seja, as distintas posições do cidadão e do Estado, e entre estas posições existem relações claramente determináveis, as relações de precisão, de meio/fim e de

ponderação.”⁹⁵ Nesse sentido, a discussão acerca de qual o conteúdo dos direitos fundamentais se relaciona com a discussão acerca de quais normas são adstritas às normas de direitos fundamentais.

Para termos uma maior compreensão dos direitos fundamentais como um todo é importante compreender analiticamente como se dão as restrições aos mesmos. É o que veremos a seguir.

3.3 As restrições aos direitos fundamentais

3.3.1 Conceito e tipos de restrição dos direitos fundamentais

Observa Alexy que a concepção de restrição de direitos fundamentais não encerra, em tese, maiores problemas, sendo que ela é o resultado de uma determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. A questão é distinguir até que ponto são permitidas, e em que sentido, bem como torna-se relevante diferenciar a noção de restrição com a de regulações, configurações e concreções, de outro.

Klein⁹⁶ é contrário à noção de restrição, sob a alegação de seria logicamente impossível aceitar a possibilidade de limitação de um direito fundamental pela própria norma que o veicula. Sua posição encontra amparo em duas teorias diferentes: a *teoria externa*, que parte do pressuposto da diferença entre direito e restrição; e a *teoria interna*, que admite que o direito encontra limitação no seu próprio conteúdo.

⁹⁵ Ibid., p. 245.

⁹⁶ Ibid., p. 268, nota 1.

Para Alexy, "a correção da teoria externa ou da interna depende, essencialmente, do fato de que as normas jus-fundamentais sejam consideradas como regras ou princípios e as posições jus-fundamentais, como posições definitivas ou *prima facie*. Caso se parta de posições definitivas, é possível refutar a teoria externa; caso se parta de posições *prima facie*, a teoria interna"⁹⁷

Verifica-se a compatibilidade da teoria interna com a tese de Klein, segundo a qual não seria possível a restrição de direitos e liberdades fundamentais uma vez que eles revelam posições jurídicas definitivas. Assim, somente o conteúdo desses direitos é que poderia ser restringido, ou seja, o bem protegido pela norma. A teoria externa, por sua vez, assume os direitos fundamentais enquanto princípios, que constituem posições jurídicas *prima facie*, de modo que ao incidirem definitivamente em casos concretos, poderiam sofrer restrições.

Para Alexy, a restrição se aplica aos bens protegidos pelas normas jusfundamentais, bem como às posições *prima facie* por elas instituídas. Nesse sentido, verifica-se uma relação entre os princípios jusfundamentais e os bens jusfundamentalmente protegidos, de modo que os princípios têm por função providenciar o maior grau possível de proteção a esses bens. A partir desse dado, é possível constatar que "as restrições de direitos fundamentais são normas [constitucionais, e somente estas] que restringem posições jus-fundamentais *prima facie*".⁹⁸

⁹⁷ Ibid., p. 269.

⁹⁸ Ibid., p. 272.

As normas constitucionais restritivas se relacionam com a competência do Estado para estabelecer restrições (em sentido potencial e mediato) ou com mandatos e proibições voltados para os cidadãos, através de regras ou princípios.

Como observa Alexy "uma regra (conforme a Constituição) é uma restrição de um direito fundamental quando, com sua vigência, no lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito jusfundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo".⁹⁹ Além disso, restrições a direitos fundamentais podem surgir via princípios, os quais não podem, entretanto "colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas (não-liberdades, não-direitos). Para chegar a restrições definitivas, requer-se uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o(s) princípio(s) que o restringe(m). [...] Princípios contrapostos restringem materialmente as possibilidades jurídicas da realização de princípios jusfundamentais"¹⁰⁰. Apesar de se verificar a linguagem técnica, Alexy defende que ela deve tentar uma aproximação com a linguagem cotidiana.

Diversos são os tipos de classificação das restrições a direitos fundamentais, as quais variam a partir de sua finalidade, ou da dificuldade em se precisar um conteúdo a ser restringido. Com base na diferenciação entre regras e princípios, bem como na teoria das modalidades jurídicas, Alexy busca

⁹⁹ Ibid., p. 274.

¹⁰⁰ Ibid., p. 275.

apresentar algumas classificações que tenham importância para a teoria estrutural dos direitos fundamentais.

Restrições diretamente constitucionais: segundo esta modalidade, só se admitem restrições a direitos fundamentais veiculadas por normas constitucionais, o que se chama restrição diretamente constitucional, ou que tenham sido criadas com base em normas constitucionais, como é o caso da atividade do legislador infraconstitucional.

Estas restrições diferenciam-se daquelas provenientes de cláusulas restritivas, pois a) enquanto as restrições diretamente constitucionais correspondem a direitos, e as cláusulas restritivas relacionam-se à noção de normas; b) as cláusulas restritivas podem ser expressas (restrição diretamente constitucional) ou tácitas (restrição indiretamente constitucional), sendo que as restrições expressas de certa forma confundem-se com a idéia de limite do conteúdo do direito fundamental.

Para Alexy, entretanto, é possível conceber normas constitucionais capazes de restringir direitos fundamentais para além da discussão acerca da delimitação de seu conteúdo. Ainda, quando a restrição é veiculada por princípios, ela equivale a uma restrição indiretamente constitucional, pois requerem que o legislador infraconstitucional concretize a restrição formulada implicitamente.

Restrições indiretamente constitucionais: estas restrições surgem a partir de cláusulas de reservas que delegam, expressa ou tacitamente, a competência para a possibilidade de intervenção,

restrição ou limitação do direito fundamental, as quais constam da própria Constituição.

Diferenciam-se entre simples, quando desprovidas de limite, ou qualificadas, quando existem limites relativos à competência para a determinação do seu conteúdo, o que transparece o caráter formal da limitação. Esta limitação deve ainda sofrer um controle de índole material, o qual viabiliza-se através da ponderação. Nesse sentido, Alexy observa: "[...] de modo algum, as reservas autorizam o legislador só a constatar o que já vale, embora toda interpretação deva se dar dentro de uma esfera de possibilidade constitucional"¹⁰¹

Como diz Alexy: "Uma restrição dos direitos fundamentais só é admissível se no caso concreto os princípios opostos possuem um peso maior do que o princípio jusfundamental".¹⁰²

Nesse sentido surgem as teorias que tratam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, as quais relacionam-se, de um lado, ao conteúdo essencial das posições subjetivas ou situações objetivas da norma de direito fundamental; e de outro, à possibilidade de o intérprete formular uma garantia em sentido absoluto, o que se verifica a partir da existência de um núcleo de direito intangível, ou em sentido relativo, como resultado da incidência do princípio da proporcionalidade.

Assim, observa Alexy que "existem condições nas quais se pode dizer, com altíssima segurança, que não tem precedência

¹⁰¹ Ibid., p. 285.

¹⁰² Ibid., p. 286.

nenhum princípio oposto. Estas condições definem o 'núcleo da configuração privada da vida'. Mas o caráter absoluto da sua proteção é uma questão das relações entre os princípios. Não se pode excluir uma situação na qual os princípios opostos têm precedência. (...) Desde logo, não se deve perder de vista a fundamentação relativa desta proteção".¹⁰³

3.3.2 O pressuposto de fato (hipótese fática) do direito fundamental e a restrição dos direitos fundamentais

A partir deste ponto o estudo de Alexy se volta ao aspecto positivo do direito fundamental, significa dizer, do bem jurídico que é protegido *prima facie* pela norma jusfundamental. Verifica-se nas normas permissivas uma total coincidência entre as hipóteses de fato nelas previstas e seu âmbito de proteção. O mesmo não ocorre no caso das normas relativas aos direitos de defesa, pois elas relacionam-se com ações negativas.

Como observa Alexy "os conceitos utilizados para a formulação destes direitos podem ser reduzidos a dois: o de bem protegido e o de intervenção. *Bens protegidos* são as ações, propriedades ou situações e posições de direito ordinário que não devem ser impedidas, afetadas ou eliminadas. O conceito de *intervenção* constitui o conceito superior dos conceitos de impedimento, afetação e eliminação. Os direitos a ações negativas são, pois, direitos a que não se realizem intervenções a determinados bens protegidos".¹⁰⁴

¹⁰³ Ibid., p. 291.

¹⁰⁴ Ibid., p. 294.

Assim, esse tipo normativo forma-se a partir da tríade *pressuposto de fato/intervenção/bem protegido*, o que se contrapõe à noção de restrição. Ele afasta (proíbe) *prima facie* uma intervenção sobre o bem protegido, mediante um critério restritivo que veicula uma posição definitiva.

Conforme relata Alexy, o conceito de pressuposto de fato de direito fundamental em *sentido amplo* abrange "a totalidade das condições de uma consequência jurídica jus-fundamental definitiva"; o qual engloba o conceito de suposto de fato em *sentido estrito*, "que é exatamente o que até agora tem sido designado como 'suposto de fato' e cláusulas de restrições".¹⁰⁵

Formula-se a base lógica da aplicação de um direito fundamental da seguinte forma: viabiliza-se consequências definitivas através da satisfação das condições da hipótese fática e da não satisfação das condições da cláusula restritiva. Se nenhuma das condições estiver satisfeita, não haverá consequência jurídica.

Observa Alexy que "há que se distinguir entre uma teoria ampla do suposto de fato, enquanto *teoria da construção*, e uma teoria ampla do suposto de fato, enquanto *teoria normativa* referida ao resultado. Sem embargo, como a via ou a construção de uma fundamentação pode ter influência em seu resultado, também uma teoria ampla do suposto de fato como uma forma de uma teoria da construção tem importância normativa".¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ibid., p. 298.

¹⁰⁶ Ibid., p. 299.

Müller, citado por Alexy, entende que não há direito fundamental ilimitado em razão tão somente de seu caráter normativo, pois "ao âmbito normativo devem pertencer só modalidades de direitos fundamentais protegidas 'objetivo-especificamente".¹⁰⁷ Assim, todos os direitos estão em conexão objetiva com a estrutura do âmbito normativo de direito fundamental.

Alexy entende que ambos os critérios, o da especificidade e o da intercambialidade não têm o condão de providenciar a definição do âmbito de proteção ou não proteção jusfundamental, tanto sob um prisma material, em virtude da impossibilidade de se reduzirem as hipóteses fáticas à previsão específica da norma, quanto sob um prisma formal, a partir da aplicação da proporcionalidade;

Estas teorias afastam do âmbito de proteção da norma jusfundamental toda matéria objeto de leis gerais, para as quais torna-se importante compreender a generalidade material, através da precedência e ponderação de normas. Alexy entende que isso não se compatibiliza com uma perspectiva de uma teoria estreita. Também assume importância a generalidade objetiva ou formal, se não houver limitações especiais.

Para este autor, "os conceitos de âmbito protegido e de lei geral se referem a dois aspectos de uma mesma coisa. Se uma lei não intervém no âmbito protegido de um determinado direito fundamental, então para este direito fundamental é geral e, se é

¹⁰⁷ MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrecht*, p. 74 apud ALEXY, op. cit., p. 301.

geral para um determinado direito fundamental, então não intervém no âmbito protegido deste direito fundamental. Portanto, do âmbito protegido pode inferir-se a generalidade e da generalidade o âmbito protegido".¹⁰⁸

A crítica formulada por Alexy a esse critério volta-se para o problema de se inserir na própria hipótese jusfundamental sua limitação, pois defende que as restrições devem ser localizadas através da ponderação de normas.

Como observa Alexy, "a debilidade das teorias estreitas do pressuposto de fato consideradas acima residem em que não constrói a exclusão definitiva da proteção jus-fundamental como um jogo de razões e contra-razões, que dizer, como o resultado de uma ponderação entre princípios, senão, ao menos em uma série de casos, como o resultado da aplicação de critérios supostamente livres de ponderação".¹⁰⁹

Em contrapartida, a teoria ampla do pressuposto de fato coloca no âmbito de proteção tudo aquilo que se relaciona com o princípio jusfundamental. Para tanto, torna-se necessária uma ampla interpretação dos conceitos jusfundamentais de bem protegido e intervenção, para o caso de normas relativas a ações negativas.

Diversas são as críticas que se formulam contra esta proposta, em virtude do caráter excessivamente aberto da interpretação. Como relata Alexy "Estas objeções podem apoiar-se

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los de derechos fundamentales*, p. 309.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 311.

no fato de que uma teoria ampla tem que excluir mais através das restrições de uma teoria estreita. (...) Na resposta a esta questão intervém o problema da honestidade. (...) a ilusão de uma validade ilimitada que fica frustrada quando se segue legislando".¹¹⁰ Em resposta, Alexy sugere a utilização da ponderação, para sanar eventuais colisões entre direitos fundamentais em virtude da amplitude de seus conceitos.

A teoria ampla dos direitos fundamentais tem grande validade precisamente no fato de viabilizar a solução dos casos difíceis, o que não se verifica nas teorias estritas, a partir da aplicação da proporcionalidade. Para tanto, ela deve ser analisada em dois aspectos: um potencial (sem margem de dúvidas por ser hipotético) e um atual (passível de dúvidas por ser concreto). O aspecto potencial mostra-se como a base deste raciocínio. Ainda, com relação à objeção feita em relação à ampliação desmesurada da competência dos tribunais, Alexy assinala que esta idéia não está necessariamente vinculada à concepção ampla dos direitos fundamentais.

3.3.3 Restrição e configuração

Observa Alexy que não são todas as normas de direito comum que veiculam restrições aos direitos fundamentais a elas relacionados. Deste modo, há que se distinguir entre normas restritivas e não restritivas, sendo que as primeiras necessitam de justificação e as últimas não.

¹¹⁰ Ibid., p. 314.

As normas que dão a configuração do direito fundamental são chamadas de restritivas de direito fundamental. Elas podem ser identificadas a partir da existência de previsão constitucional de possibilidade ou necessidade de regulamentação; bem como a partir de caráter criador, estando excluída a hipótese de delimitação de seu objeto, o que se contrapõe à noção de restrição, em que coexistem a criação e a restrição. Neste último caso, é predominante a característica na definição do conteúdo da norma.

Para Alexy, "cada vez que a eliminação de uma competência obstaculiza a realização de um princípio jusfundamental não estamos frente a uma mera configuração, senão frente a uma restrição que, enquanto tal, tem que ser justificada. (...) O critério da não-obstaculização da realização do princípio jusfundamental implica que sempre se seja necessária (caso de direito fundamental atual) ou meramente possível (caso de direito fundamental potencial) uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade não deve supor-se uma configuração, senão uma restrição".¹¹¹

Agora que já possuímos o instrumental analítico tanto dos direitos fundamentais bem como de suas restrições na visão de Alexy, passaremos a analisar de que forma Dworkin entende que deva ser realizada a leitura do texto constitucional.

¹¹¹ Ibid., p. 328.

3.4 A democracia deliberativa num contexto de leitura moral da Constituição frente à premissa majoritária

Segundo Dworkin, há uma forma particular de ler e respeitar uma Constituição política que se denomina "leitura moral". No caso da Constituição americana, a primeira emenda prevê que o congresso não editará nenhuma lei que reduza a "Liberdade de expressão". Ora, esse é um princípio moral que condena a censura. A leitura moral, portanto, incorpora a moralidade política ao coração do direito constitucional.

Como a moral política é inerentemente incerta e controvertida, é necessário, em qualquer sistema de governo que incorpore estes princípios, que exista uma autoridade competente para interpretá-los. No caso americano esta função será exercida pelos juízes, e numa última instância, pelos juízes da Suprema Corte.

Muito embora a leitura moral da Constituição seja feita a todo momento, nunca é verdadeiramente assumida como necessária. Pelo contrário, os juízes negam a influência da moralidade política insistindo em outras justificativas que não parecem suficientemente coerentes quando explicadas em termos não-morais.

Muitos autores dizem que a leitura moral da Constituição confere autoridade em demasia aos juízes da suprema Corte e, desta forma, atentaria contra a própria democracia, pois esta teria, como regra primordial, a chamada premissa majoritária, ou seja, que apenas o legislativo possui legitimidade majoritária, pois representa a maioria que o elegeu "democraticamente". No entanto, em algumas ocasiões, de fato a vontade da maioria não é

a melhor em termos morais, como nas decisões contra a segregação racial em que leis populares foram revertidas.

Dworkin argumenta que "se rechaçamos a premissa majoritária, necessitamos uma explicação diferente e melhor do valor e do sentido da democracia. (...) minha explicação considera que o objetivo definitivo da democracia é outro: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito".¹¹² Dworkin chama a sua proposta de "concepção constitucional da democracia".

Há uma visão quase unânime dos operadores do Direito (nos EUA, segundo Dworkin) de que o controle de constitucionalidade afeta a democracia, e certamente tal visão só pode ocorrer numa concepção que tem por base a premissa majoritária.

Dworkin analisa que os principais argumentos a favor da premissa majoritária são apoiados nos ideais revolucionários do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade (comunidade). Ele rejeita cada um destes argumentos.

Em primeiro lugar apoiam-se na idéia de que a liberdade deve incluir o direito à "autodeterminação", ou o direito do povo "auto-governar-se", mas este direito, segundo Dworkin, contraporá uma liberdade "positiva" de auto-determinação contra

¹¹² DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, s.d., p. 117. Tradução direta do castelhano realizada por mim.

as liberdades ditas "negativas", como a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Para Dworkin o auto-governo só pode ser possível se todos os membros da comunidade forem membros morais, pois a verdadeira democracia se baseia na pertinência moral. As condições de tal pertinência são de dois tipos: estruturais, com um procedimento histórico que tenha produzido limites territoriais bem definidos, e condições relacionais, abrangendo a forma como o indivíduo deve ser tratado enquanto membro de uma comunidade política genuína, satisfazendo três condições: em primeiro lugar a livre expressão de opiniões que sejam de fato ouvidas, ou seja, na força da liberdade de expressão; em segundo lugar alguma concepção de boa-fé na igual preocupação com os interesses de todos os membros desta comunidade. De onde se pode deduzir que "uma sociedade em que a maioria mostra despreocupação pelas necessidades e perspectivas de alguma minoria é ilegítima e injusta".¹¹³ Em terceiro lugar, a independência moral dos membros da comunidade, a qual significa que alguém que crê em sua própria responsabilidade pelos valores centrais de sua vida não podem abandonar essa responsabilidade a favor de um grupo.

Outro argumento importante é o dos comunitaristas que "querem que as pessoas participem na política como agentes morais promovendo não seus interesses parciais, senão concepções rivais do bem público. (...) Mas eles se baseiam em um pressuposto duvidoso, ainda que poucas vezes questionado, segundo o qual a discussão pública da justiça constitucional é de melhor qualidade e agasalha mais pessoas na forma deliberativa que favorece os comunitaristas, quando essas questões são decididas, em última

¹¹³ Ibid., p. 126.

instância, pelas legislaturas e não pelos tribunais".¹¹⁴ Este pressuposto é duvidoso na medida em que alguns cidadãos podem ter mais influência sobre uma decisão da judicial pela sua contribuição a uma discussão pública da questão, do que teriam sobre a decisão de uma legislatura através de um voto isolado. Segundo Dworkin, "Não há uma conexão necessária entre o impacto ou a influência política de um cidadão e o benefício ético que se assegura mediante a participação na discussão ou na deliberação pública"¹¹⁵ pois "a qualidade da discussão poderia ser melhor, e suas contribuições poderiam ser mais autenticamente deliberativas e estar guiadas por um espírito público, em um debate público geral que preceda ou siga uma decisão judicial que na batalha política que culmina no voto na legislatura ou em um referendo".¹¹⁶ Além disso, "os cidadãos podem ter a possibilidade de exercer melhor as responsabilidades morais e da cidadania quando as decisões se movem da política ordinária e se assentam dos tribunais, cujas decisões se espera que se baseiem em princípios, e não no peso dos números ou nas diferenças de influências políticas".¹¹⁷

Desta maneira, conclui Dworkin que o controle de constitucionalidade pode promover um tipo superior de deliberação republicana, e que as possibilidades de um debate nacional sobre os princípios melhorariam se a leitura moral da Constituição

¹¹⁴ Ibid., p. 131.

¹¹⁵ Ibid., p. 131.

¹¹⁶ Ibid., p. 131.

¹¹⁷ Ibid., p. 132.

fosse mais abertamente reconhecida nas decisões judiciais do que a defesa de uma ilusória premissa majoritária.

Conclusão

Na introdução dissemos que ofereceríamos algumas respostas alternativas a respeito do caráter interpretativo do Direito sob a ótica da filosofia dworkiana. Este é o momento de retomarmos algumas das idéias que perpassaram este trabalho.

No primeiro capítulo analisamos as idéias de alguns autores positivistas para entender a crítica a eles dirigida por Dworkin. Notamos que tanto Kelsen quanto Hart, apesar do rótulo positivista fazer crer o contrário, possuem algum tipo de abertura na interpretação normativa, uma indefinição que sugeriria uma flexibilização da teoria positivista, seja na idéia da moldura em Hans Kelsen, seja na relativa indeterminação da regra de reconhecimento de Hart. No entanto, tal flexibilização, ao invés de aproximá-los de Dworkin, os afasta na medida em que amplia a margem discricionária da interpretação normativa.

No segundo capítulo explicitamos que a diferença entre regras e princípios, embora questionada por alguns autores como Carrió¹¹⁸, se torna patente nos casos difíceis, nos quais o positivismo falha em fornecer respostas convincentes, pois empresta um caráter discricionário às decisões dos juízes, fazendo com que os mesmos decidam retroativamente na medida em que criam novas normas específicas (na sentença) entre as normas existentes, e as aplicam a direitos pré-existentes.

Ao invés de criar novas normas a direitos pré-existentes nos casos difíceis, Dworkin sustenta em sua tese dos direitos

¹¹⁸ CARRIÓ, Genaro R. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*.

justamente o contrário: criam-se novos direitos apoiados em princípios pré-existentes, afastando a discricionariedade e aumentando o grau de segurança jurídica.

Já através da tese da resposta correta Dworkin explicita que os litigantes possuem um direito a uma decisão correta, decorrente da tese dos direitos, cuja resposta encontra-se numa interpretação do direito como um todo, baseado não somente em argumentos jurídicos, mas em argumentos morais, ou seja, Dworkin não apenas rejeita a idéia da separação entre o Direito e a Moral, tão caros ao positivismo, como entende necessária essa complementaridade entre eles.

Através da idéia da cadeia do Direito, Dworkin explicita o caráter interpretativo do Direito, o aproximando da literatura, e veiculando a decisão dos juízes às decisões anteriores, exigindo não uma subordinação a elas, mas uma relação de coerência narrativa.

Através do Direito como Integridade exige-se não somente que o Direito seja sempre interpretado como um todo dotado de coerência narrativa, mas que esta coerência seja ela mesma em si um princípio a nortear os demais.

No terceiro capítulo esclarecemos que a visão principiológica do Direito como integridade proporciona novos horizontes constitucionais, nos quais os direitos fundamentais ganham uma nova força decisional consubstanciada na leitura moral da Constituição.

O estudo de um autor como Dworkin suscita mais perguntas do que respostas, pois o questionar torna-se parte indispensável do pensar. Na medida em que encontramos algumas respostas, por outro

lado fomos instigados a novos questionamentos. E estes, por sua vez, nos levaram a outras respostas. Desta maneira podemos dizer que o sujeito modifica o objeto ao pensar e por este é modificado.

E é esta, certamente, a idéia de Dworkin quanto ao Direito. Esta circularidade típica da atitude interpretativa revela uma compreensão do Direito que não é linear. A separação entre a moral e o Direito, entre juízos de ser e dever ser, tornam-se mitigadas pela atitude interpretativa. O Direito não só pode como deve ser pensado em termos morais. A leitura moral se faz necessária principalmente no âmbito constitucional . A atitude interpretativa em relação ao Direito é o grande legado que Dworkin nos deixa.

Não nos esqueçamos tratar-se de um autor inserido numa realidade jurídica bastante diversa da nossa, pois o sistema anglo-americano possui muitas peculiaridades distintas do Direito romano-germânico no qual estamos inseridos, e esta talvez seja uma das maiores limitações de sua Filosofia do Direito. No entanto, não podemos utilizar essa diferença como desculpa para não "levamos os direitos a sério". Como já havia mencionado no início do capítulo 3, muitos autores importantes no cenário jurídico brasileiro tem se utilizado de uma interpretação principiológica, na tentativa de tornar o Direito algo mais que um mero instrumental de aplicação normativa, aproximando-o da Filosofia e da Política, e transformando-o num importante instrumento de deliberação pública, contribuindo efetivamente ao estabelecimento de uma democracia genuína, "onde todos merecem igual respeito e consideração", nas palavras de Dworkin.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los de derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOROWSKI, Martim. *La estructura de los de derechos fundamentales*. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colômbia, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad de Patrícia Sampaio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 04/09/2006.

CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alckmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARRIÓ, Genaro R. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*. Curitiba: J.M., 1995.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass. and London: Havard University Press, 1985.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Hart's postscript and the character of political philosophy*. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 1 (2004), pp. 1-37.

_____. *La lectura moral y la premisa mayoritarista*. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (comp.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, s.d.

_____. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986.

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

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Taking rights seriously*, Cambridge, Mass.: Havard University Press, 1982.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

_____. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Post scriptum al concepto del derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Sálmoran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariiedade*. [on line] Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf#search=%22hla%20hart%22>> . Acesso em: 09/09/2006.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Rio de Janeiro: Ed. Tecnoprint, 1984.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *O problema da Justiça*. João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5^a ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PERELMAN, Chaím. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Tese (Doutorado em Direito Público) -Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil - Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gancón. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.