

Artigos

Recebido: 30.01.2018

Aprovado: 07.03.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i1.3555>

*1.*2 Centro Universitário do Pará
(CESUPA)
Belém, PA



O objetivismo moral e o interpretativo na teoria de Ronald Dworkin

Loiane Prado Verbicaro*¹

Juliana Corrêa Albuquerque de Oliveira*²

RESUMO

Por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, a pesquisa propõe-se a analisar, sob a perspectiva da teoria do autor norte-americano Ronald Dworkin, a interpretação judicial à luz de valores morais e do afastamento da atuação discricionária dos juízes, de modo a evitar as arbitrariedades, voluntarismos e subjetivismos decisórios que são contrários a uma política garantidora de direitos fundamentais. Ao contrário das ideias defendidas pelo paradigma positivista, modelo hegemônico na modernidade jurídica, que acenam à discricionariedade do intérprete judicial, o interpretativismo de Dworkin defende a conexão entre direito e moral e a objetividade interpretativa mesmo diante dos valores.

Palavras-chave: Crítica ao Positivismo; Interpretação Judicial; Direito e Moral.

Moral interpretation and the objetivism in Ronald Dworkin's theory

ABSTRACT

Through a bibliographical research with a qualitative approach, the research proposes to analyze, from the perspective of Ronald Dworkin's theory, the judicial interpretation about the moral values and the refutation of judicial discretion, to avoid arbitrariness, voluntarism and subjectivism that are contrary to a policy guaranteeing fundamental rights. Instead to the ideas defended by the positivist paradigm, hegemonic model in modernity, which defends the discretion of the judicial power, Dworkin's interpretivism defends the connection between law and moral, and the objective interpretation even in alongside values.

Key-words: Criticism of Positivism; Judicial Interpretation; Law and Moral.

Introdução

Nas discussões em teoria do direito, encontra-se em posição de destaque a obra de Ronald Dworkin, teórico norte-americano progressista e crítico do utilitarismo e do positivismo jurídico. Dworkin deixou um importante legado bibliográfico em prol da integridade do direito, a partir da interpretação construtiva e

não discricionária dos juízes. Seus escritos sustentam-se no afastamento da dimensão apenas formalista do direito, para concebê-lo em seu aspecto substantivo e promover do reencontro com a moral ou uma substancialização do direito, outrora vazio de todo potencial transformador.

Sua teoria contempla princípios expressos e implícitos que fogem à taxatividade e ao rigor das regras e, considerando o caráter demasiadamente abstrato de seus valores, sua utilização pode ser objeto de desvios interpretativos e inadequações, em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais, notadamente quando o intérprete não se utilizar de critérios adequados de decidibilidade.

O efeito prático destas distorções pode ser a ocorrência de decisões pessoais, motivadas pelo interesse próprio e subjetivo do intérprete, que decide da forma como melhor lhe convém. Quer dizer, corre-se o risco de se estimular decisões judiciais pautadas em questões não jurídicas e apenas floreadas da aparência de legalidade, mediante fundamentações principiológicas, nem sempre adequadas ao caso. Assim, torna-se fundamental a utilização de parâmetros decisórios que incitem a obrigação dos juízes de solucionar os casos, utilizando-se de argumentos que justifiquem a solução dada e que demonstrem a sua adequação ao caso, o que, em Dworkin, significa decidir o direito sob à melhor luz moral.

Nesse sentido, o trabalho, por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa na vasta obra do autor e de alguns de seus principais comentadores e interlocutores, propõe-se a analisar a objetividade no tratamento dos valores, a partir da negação da discricionariade judicial e do ideal de coerência defendido em sua teoria, e responder aos seguintes questionamentos: 1) De que forma Dworkin propõe um modelo de interpretação judicial contemplador da relação entre direito e moral? 2) Como compreender o equilíbrio entre justiça e legalidade, entre forma e conteúdo? 4) Como interpretar os valores de maneira objetiva?

Para enfrentar estas questões, o trabalho analisa o sentido adotado por Dworkin ao se referir à objetividade de valores e sua crítica ao ceticismo interno e externo, bem como apresenta os níveis de objetivismo interpretativo e a preferência de Dworkin pelo moderado, desenvolvendo as ideias para a compreensão do dever da argumentação moral em sua teoria e, por fim, enfrenta o problema da ampliação do poder decisório, da crítica à discricionariade e à banalização no uso de valores.

A objetividade dos valores

No contexto de um processo de substancialização do direito, especialmente em decorrência da consolidação do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra, surgem questionamentos quanto à segurança jurídica na aplicação de valores e princípios, a qual pode ficar comprometida pela dificuldade que se tem de interpretá-los, em razão da abstração e abrangência que lhes são peculiares.

Não há como perceber os valores como se houvesse uma realidade preexistente, facilmente alcançável pelos intérpretes, tampouco estes valores ensejam juízos valorativos inequívocos, que se possa afirmar como corretos ou errados. O problema se torna ainda mais delicado devido a sua natureza essencialmente indeterminada.

Mesmo diante dessas evidentes dificuldades, Dworkin, na obra *Justiça para ouriços* (2011), enfatiza a relevância da unidade e da objetividade dentro de cada prática social. Reforça que a moral de cada uso, conceito e costume deve ser interpretada de forma objetiva, porque em cada um destes existem qualidades objetivas que precisam ser alcançadas a partir da interpretação, a qual, para tanto, não deve ocorrer de modo subjetivado ou arbitrário, porquanto prejudicaria tanto a objetividade, quanto a unidade do direito.

Assim, a partir da distinção dos valores em juízos morais internos e externos, o autor defende que a objetividade dos valores não apenas é possível, como existente, pois que certas questões “são realmente injustas e alguns atos são realmente errados, não importando quantas pessoas acreditem que eles não sejam [...]” (KLAUTAU, 2011 p. 82). Isto quer dizer que determinados atos, independentemente do local em que praticados, ou quem esteja a julgá-los, continuarão sendo errados, sob a ótica da justiça. Exemplo disso é a tortura de bebês. Nas palavras de Motta:

Dworkin crê que algumas instituições e práticas são *realmente injustas* independentemente do que eu ou vocês pensemos a respeito delas. Em palavras mais simples (mas ainda dele), a escravidão, ou a prática da tortura de crianças por diversão, por exemplo, são erradas *em si*, quer dizer, continuariam sendo erradas mesmo que a maioria (ou que *todos*), por qualquer razão, pensassem o contrário. Não se trata de uma questão de opinião, mas de *argumentação moral* [...] E essa argumentação, para ser considerada consistente, tem de dar o devido valor à *dignidade humana* (MOTTA, 2013 p. 17).

A rigor, os juízos morais internos concernem aos valores morais aprovados (ou não) mediante um raciocínio prático que dá validade à norma quando julgada como valiosa ou de valor moral. É dizer que, fazer um juízo moral interno consiste em avaliar condutas, concebendo-as como corretas, justificadas ou valiosas. Nestes, gravitar-se-iam expressões como: “*el genocidio es una práctica abominable*” ou, em outro exemplo, que “*debemos perseguir el valor de la igualdad*” (BERMEJO, 2006 p. 188), do que se observa que os valores são interpretados como corretos (e/ou justificados) e, como tais, válidos a serem seguidos.

Enquanto que os juízos morais externos, referem-se ao ato interpretativo de considerar qualidades em princípios inerentes aos valores, de modo a buscar respostas a interrogações não mais restritas à moral em si, mas coadunadas com uma moral epistêmica e ontológica, ou seja, que se encontra compromissada com a verdade objetiva que existe nos valores (BERMEJO, 2006 p. 188). Exemplificando, ter-se-ia que: “*es un hecho objetivo y verdadero que el genocidio es abominable*” ou que “*el valor de la igualdad existe, y es innegable*” (2006, p. 188).

O juízo externo se dá, portanto, fora da prática moral, isto é, de discursos práticos ou mesmo de argumentações morais sobre o que é certo ou errado, moral ou não moral (seara esta do juízo interno), refletindo pois em fatos morais, porque, a partir destes fatos, entende-se o sentido inerente ao preceito moral, mesmo diante de toda sua abstração; sendo nestes juízos externos que a teoria de Dworkin se debruça, cumpre ressaltar.

Assim, através da concepção de fatos morais, percebe-se, segundo Dworkin, as qualidades ontológicas ao valor, as quais terminam por levar à necessidade de se distanciar dos atos que lhes são contrários. Isto porque, na teoria deste autor, os valores não expressam apenas avaliações de conduta. As prescreve,

sim, porém indicando também caminhos a serem seguidos de conotação ontológica, que resultam de uma realidade objetiva prévia, existente de forma indissociável do mundo (porque constante na comunidade moral), que, revelando o melhor a ser feito, concomitantemente, identificam do que se deve afastar-se.

Há que se ressaltar, todavia, que o caráter ontológico ora mencionado não se dá no mesmo sentido utilizado no direito natural, tampouco naquilo que se descobre ou se descreve de modo preexistente, uma vez que Dworkin não faz alusão a uma moral *a priori*. Distancia-se da moral jusnaturalista, portanto, na medida em que sua teoria envolve uma moral resultante de uma construção dialética. A moralidade tratada pelo autor é desenvolvida socialmente, e, como tal, é institucionalizada, isto é, pública, e não inerente aos indivíduos. Fala-se, pois, em juízo ontológico, uma vez que os valores se encontram vivos nos fatos morais.

É neste sentido que Dworkin entende que a pessoa que nega a existência de uma veracidade objetiva dos juízos de valor incorre em erro epistêmico (BERMEJO, 2006 p. 191), porque, uma vez objetivos, assim também devem ser interpretados, afinal, concebe o autor que a “tradição viva do princípio jurídico é dirigida a um único fim ideal” (INGRAM, 2010 p. 61), qual seja, a integridade (coerência), equidade e justiça.

Assim, “embora o direito mude, geralmente muda segundo padrões que são previsíveis” (INGRAM, 2010 p. 60-61), ou seja, mesmo diante do dinamismo social e da contingência do direito, ou, ainda, das diferenças culturais entre os Estados, o objetivismo valorativo permanece inalterado, porém condicionado a boa interpretação, sem a qual “não se poderia dizer que ele incorpora a estabilidade e a previsibilidade essenciais para o estado de direito” (2010 p. 60-61).

Desta forma, o direito, além de objetivo, configura-se como uno, segundo Dworkin. Assemelha-se, portanto, à figura do ouriço mencionado na seguinte paráfrase do poeta da Grécia antiga Arquilochus, que ganhara notoriedade nas palavras de Berlin: “*a raposa sabe de muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante*” (BERLIN, 1953 *apud* Dworkin, 2011 p. 13), porque o ouriço reflete um complexo coerente e circular, o que lhe permite o aprofundamento do seu próprio conteúdo. Assim, não atua na natureza de forma rasa e esparsa, como as raposas, auspiciosas, que sabem um pouco de tudo e não muito sobre si mesma. Conforme o excerto:

Dworkin defends the unity of value – the one big thing he knows – and argues against “several foxy causes”: value skepticism, value pluralism, value conflict, and, in particular, the supposed opposition between the values of self-interest and those of personal and political morality. (SYMPOSIUM, 2010 p. 1)

A rigor, os valores constituem um complexo, tal como a representação do ouriço na natureza, que é uno, na medida em que os valores mutuamente se complementam, e que prescindem de um axioma superior hierarquicamente, pois constituem entre si um sistema aberto a revisões e a aperfeiçoamentos, à luz da moralidade que se institucionaliza ao longo do tempo. Esta noção, assim como todos os elementos da teoria de Dworkin, está intrinsecamente vinculada ao dever de coerência do direito, a saber, infere-se a existência de uma unidade na moral a partir do sentido coerente dado ao sistema jurídico, formado por regras e princípios.

Desta forma, o todo coerente é também considerado circular, muito embora não se encontre fecha-

do em si mesmo, porquanto dialoga com a sociedade, através da interpretação, de modo que se aprimora, na (busca pela) construção do melhor direito, e, é neste sentido que, o “*círculo no puede calificarse de círculo vicioso, sino de círculo virtuoso*” (BERMEJO, 2006 p. 134), afinal, a intenção de Dworkin é que a *praxis* jurídica seja ininterruptamente aperfeiçoada a partir de cada caso.

Crítica ao ceticismo interno e externo

Fato é que alcançar aludida objetividade existente nos valores, a partir de um ato interpretativo igualmente objetivo e coerente, também requer o uso da moralidade, isto é, depende de juízos de valores (não pessoais) *externos* do intérprete acerca do que a ele é exposto, que lhe permitam dar respostas justas e equânimes aos casos.

Do que é possível compreender o motivo pelo qual Dworkin refuta as concepções céticas do direito, em diversos aspectos. Isto porque as correntes céticas do direito acabam por se reduzir ao arbítrio judicial, à medida que, a rigor, não impõem nenhuma espécie de restrição à atuação dos juízes, de modo a conceber um vale-tudo interpretativo e a eterna manutenção conservadora do *status quo*. Acerca disso, Dworkin estuda os argumentos apresentados pelos céticos em suas duas vertentes, chamadas por Loiane Verbicaro, de “ceticismo no interior da atividade interpretativa” e “ceticismo exterior e em torno dessa atividade” (VERBICARO, 2017, p. 314-321), que cumprem ser comentadas.

Quanto ao *ceticismo exterior*, tem-se que os céticos desacreditam na moralidade, nos princípios ou mesmo nos valores, argumentando, muito ao contrário do que defende Dworkin, que a realidade se fragmenta em valores múltiplos inconciliáveis, que dão ensejo a uma criação pessoal do direito pelos juízes. Os juízos interpretativos então são concebidos não como cognitivos, mas subjetivos, e pautados nas preferências de cada intérprete. Sobre o assunto, Bermejo (2006, p. 200) afirma que os céticos externos: “*ante las normas es el que subyace a una comprensión criacionista del sistema jurídico, según la cual cualquier estructura jurídica sería una simple invención de los jueces*”. Assim, conforme explica Verbicaro:

O cético exterior não contesta nenhuma afirmação moral ou interpretativa específica, mas a ideia de que os valores morais possam ter uma correspondência ontológica. Essa corrente rechaça a forma de conceber a ação de interpretar uma prática social, criticando que os significados interpretativos possam ser dados objetivos aprisionados na natureza da realidade como entidades metafísicas ou realidade transcendental. Insiste que as afirmações interpretativas não sejam descrições que possam ser comprovadas ou testadas como na física, bem como nega que os valores morais possam integrar aquilo que se chama de “fundamentos” do universo (2017, p. 318).

Deste modo, não se permitem discutir os julgamentos particulares que realizam (que também são morais ou valorativos), porque, descrentes na moralidade, os veem como mera questão de opinião (GUEST, 2013 p. 133) e com isso negam, outrossim, a possibilidade de se interpretar com objetividade, assim como negam que existam valores objetivos nos ordenamentos jurídicos democráticos, de modo que “*cualquier juicio interpretativo es una mera expresión subjetiva disfrazada de objetividad*” (BERMEJO, 2006 p. 200). Por conseguinte, qualquer decisão jurídica é válida e aceita para estes céticos externos, na medida em que inexistente um padrão que limite o processo decisório, tampouco uma verdade dentro do direito; e, em decor-

rência disso, para eles, também não há resposta correta.

Assim sendo, quando se analisa práticas interpretativas não reflexivas, resultantes de indivíduos que não compreendem a possibilidade de uma prática social ser comparativamente melhor que outras, ou, ainda, se se é indiferente ao dever de encontrar a melhor resposta, em clamor a justiça e equidade, então ter-se-á uma atitude *externamente cética* ao direito, como acabam sendo autores como Gerald Postema (1987) e Stanley Fish (1989), críticos de Dworkin em distintos prismas.

Enquanto que, no tocante a moralidade, o ceticismo interno integra a correntes teóricas que, nos dizeres de Verbicaro:

[...] insistem na indeterminação e na falta de coerência interna do direito, assim como no caráter nitidamente ideológico e subjetivo da adjudicação. Nesse sentido, nega que qualquer resolução de um caso concreto possa legitimar-se mostrando que surge a partir de um conjunto coerente de princípios. Consequentemente, não crê que a teoria da integridade possa servir para explicar e justificar a prática jurídica cotidiana (2014 p. 316).

Em outros termos, quando não é absorvido o dever de ter a prática interpretativa construída e não inovada por juízes, em constantes estados de revisão das respostas anteriormente dadas aos casos semelhantes, em um progressivo aperfeiçoamento; ou, se se concebe que não há como considerar que um caso atual reflete uma continuação de um outro similar precedente, que deve ser analisado sob a melhor luz; ou mesmo se se entender que inexistente continuação do romance, o qual, por sua vez, não dará lugar a um novo começo (TORRE, 2012 p. 87), se está tendo um pensamento (ou atitude) de um cético interno, que Dworkin, dialogando a respeito, aponta como sendo o que ocorre na teoria do positivista normativo Waldron (2012), segundo a qual os dissensos das comunidades democráticas inviabilizam qualquer interpretação pautada na coerência, na objetividade ou na unidade acerca do material jurídico.

Observa-se, portanto, que, o que está subjacente às críticas que Dworkin faz às correntes céticas à moral, é o compromisso que este autor adota com a adequação do material disposto no caso e o juízo moral que sobre este é realizado. Para o autor, o *cético interno*: “*arremete contra la teoría de la integridad, afirmando que sus exigencias de coherencia y uniformidad no tienen sentido en la cultura jurídica de una sociedade democrática, donde predomina el conflicto y la contradicción* (TORRE, 2012 p. 76)”.

Assim, os céticos internos, embora aceitáveis em certos aspectos por Dworkin, equivocam-se ao insistirem na indeterminação e na falta de coerência interna do direito, assim como no caráter ideológico e subjetivo da interpretação (TORRE, 2012 p. 102), explica Dworkin. Entendem que a *práxis* jurídica envolve muitas e profundas contradições que impedem a produção de interpretações coerentes, ou seja, para eles, por trás dos princípios e diretrizes políticas do sistema jurídico existem tantas incompatibilidades que se resultam impossíveis, para os intérpretes, cumprir as exigências do direito como integridade (2012 p. 102).

Os níveis de objetivismo interpretativo e a preferência de Dworkin pelo moderado

Ocorre que referido dever de objetividade interpretativa possui graus distintos de intensidade em alguns doutrinadores do direito. A rigor, em maior ou em menor medida, esta graduação busca “eliminar

a dependência de alguma entidade ou propriedade diante de elementos da nossa ‘subjetividade’, como as nossas crenças, preconceitos, ideologias e características pessoais (MARMOR, 2004 p. 399)” do processo decisório, e variam do subjetivismo ao objetivismo forte.

Quanto ao primeiro, isto é, no concernente ao subjetivismo, tem-se a tese de que cada indivíduo determina aquilo que considera certo ou errado. Protágoras, com sua célebre frase “*el hombre es la medida de todas las cosas*” (LEITER, 2012 p. 332), evidencia-se como expoente deste seguimento. Ao passo que o objetivismo forte, extremo oposto do subjetivismo, preleciona a existência de razões constantes no mundo que aduzem a verdade, independentemente das convicções que tem o indivíduo.

O objetivismo fraco, ou mínimo, por sua vez, concebe que é a comunidade que determina a verdade das coisas. Conforme explica Leiter (2012 p 332), esta vertente conduz a um certo relativismo, na medida em que “*lo que es certo es relativo a una comunidad particular de sujetos cognitivos,*” que a torna um pouco mais objetiva que o subjetivismo, no sentido de não considerar a opinião individual, mas sim coletiva de dada comunidade.

O objetivismo modesto, ou moderado, a seu turno, compreende a veracidade das coisas a partir de condições epistêmicas ideais, sendo extraída de: “*información plena, pruebas exhaustivas, racionalidad [...]*” (LEITER, 2012 p 333). Quer dizer, nesta perspectiva, não basta que determinada comunidade conceba que algo é certo, mas se faz necessária a averiguação prévia das condições relativas ao fato. Parte do pressuposto de não ser correto pensar que a verdade dita pela comunidade é sinônima de justiça, afinal, não raras vezes a sociedade encontra-se comprometida com valores equivocados.

Neste sentido, condiciona a compreensão social sobre o certo e o errado à sujeição dos fatos a alguns critérios, os quais viabilizam eventuais críticas quando dada prática decisória se manifesta carente de objetividade, “por exemplo, por sua falta de imparcialidade, de informação completa, de empatia imaginativa, de lógica, etc.” (MARMOR, 2004 p 410).

Decerto, este nível de objetivismo não roga pela completa abstração das experiências de mundo já tidas pelo intérprete, e, desta forma, não ausenta a subjetividade em totalidade, mas ao menos, substancialmente. Nos dizeres de Marmor (2004 p 415), “embora seja verdade que a objetividade sugere a rejeição da subjetividade, não é verdade que a posição epistemicamente preferida irá sempre abstrair-se dos aspectos subjetivos da experiência”.

Isto porque ao invés de ignorar, incentiva o máximo afastamento possível de questões subjetivadas, à medida que “oferece um critério para avaliar se a decisão judicial é legítima ou justificável” (MARMOR, 2004 p. 410), e este critério é, notadamente, tomar decisões coerentes com as condições epistêmicas ideais.

Assim, é possível resumir referidas condições epistêmicas como aquelas que integram o conceito de moralidade adotado por certa comunidade, que tão somente adquirirá o caráter ideal, quando “as propriedades [...] são suficientemente coerentes para nos permitir identificar quais poderiam ser consideradas as condições para que os julgamentos a respeito de tais propriedades fixassem sua existência e suas características” (MARMOR, 2004 p. 403).

Apesar de Dworkin não se manifestar explicitamente sobre esta especificidade de objetivismo, não há como ignorar a compatibilidade da sua teoria interpretativa com o nível moderado. A começar pelo exercício jurisdicional do superpoderoso Hércules, o qual, conforme aduz Marmor (2004 p 414) “nada mais é que um juiz equilibrado justamente no alto de uma condição epistêmica ideal”, que busca respostas “que podem ser corretas quaisquer que sejam as convenções vigentes entre os juristas, respostas que podem ser corretas sem que a sua correção exija objetividade forte, respostas que são corretas e modestamente objetivas” (2004 p 415).

Ademais, há que se ressaltar que o objetivismo moderado não implica em um compromisso com a determinação de alcançar um único resultado, do mesmo modo em que não é esta a compreensão que se deve ter acerca da teoria objetiva dos valores de Dworkin.

Percebe-se que este autor não nega a existência de outras respostas alternativas em sua *tese da única resposta correta*, mas apenas afirma que estas não são tão boas quanto a melhor resposta, logo, o que não pode ocorrer é o contentamento com resoluções que não sejam a melhores, no sentido de adequação e justificação, incentivando, assim, a construção argumentativa das partes envolvidas e a interpretação que faz a melhor leitura possível da prática jurídica.

Assim, de modo distinto ao concebido pelos teóricos formalistas, a exemplo dos positivistas jurídicos, em que as questões de direito são tratadas: ora com linearidade dedutiva; ora com ampla discricionariedade judicial, tem-se, em Dworkin, o dever de coerência interpretativa que deve perdurar entre a interpretação e as normas de um dado ordenamento jurídico democrático.

Referido dever de buscar a coerência, decerto, acena à exigência de melhor argumentar sobre estas verdades objetivas dos valores morais, para que de modo igualmente objetivo, se possa julgá-los. Falar em interpretar com objetividade, portanto, refere-se ao fato de decidir sobre os direitos (valores) que, por intermédio dos melhores argumentos, manifestaram-se com mais coerência e compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Outro aspecto fundamental a ser mencionado gravita em torno da ameaça da relativização do conceito de justiça que a teoria moral de Dworkin pode vir a suscitar, e que, contudo, é refutada pelo autor. Em verdade, a temática objetividade do valor torna-se delicada diante da possibilidade de ser utilizada como argumento para impor a verdade única sobre os mais variantes assuntos, assim como aconteceu em regimes totalitários.

Neste aspecto, autores como Hans Kelsen, na obra *Teoria pura do direito* (2009), propugnam o politeísmo de valores em detrimento da unidade de valor, ao entender ser o modelo de direito mais compatível com a política pluralista e democrática, mormente porque impede a imposição de verdades absolutas dissonantes com os ideais democráticos. Ocorre que, desta maneira, ele termina por separar o direito da moral, assim como ocorre com os demais céticos, para os quais o direito não pode se abrir para as questões morais, uma vez que inexiste uma verdade objetiva da moralidade. Todavia, conforme se tem vislumbrado, Dworkin nega isso. Uma teoria da justiça bem sucedida é sempre moral.

Apesar de divergir dos formalistas, entre os quais se encontra Kelsen, não quer dizer que Dworkin seja indiferente aos riscos da relativização dos valores em comunidades que distorçam-nos, afinal ele é igualmente um doutrinador democrático e, sobretudo, engajado com a realização dos direitos fundamentais.

De fato, em se tratando de valores, ele alerta para a necessidade de aumentar os cuidados interpretativos, mormente para evitar que em nome da moral social, imoralidades aconteçam, afinal, nestas circunstâncias, ainda que errôneas à luz dos parâmetros de justiça, estariam as interpretações legitimadas pelas próprias práticas da sua comunidade (DWORKIN, 2011 p. 178).

Diante de tal risco, Dworkin é contundente ao afirmar que sua teoria objetiva e una do valor não impõe verdades absolutas, tampouco peremptórias ou incontestes, mas apenas propõe que existem certas práticas condenáveis moralmente, independentemente do local geográfico em que foram realizadas, que precisam ser analisadas em concreto. Em razão disso, ao posicionar-se a respeito do risco de imposição de verdades injustas, ele afirma atribuir mais relevância às leis do que à moralidade institucionalizada e menos ainda importância à moral pessoal do intérprete, no excerto:

Teorias legais diferentes compreendem de modo diferente a força das decisões locais; mas qualquer teoria competente atribui a essas decisões muito mais força na lei do que na moral. Mesmo quando compreendemos que o direito é um ramo da moral [...], temos de aceitar esta distinção indispensável entre esse ramo e o resto do domínio (DWORKIN, 2011 p. 179).

Em outros termos, não é suficiente afastar-se do subjetivismo interpretativo e da discricionariedade judicial, pois, além disso, há que se atentar para a moralidade institucionalizada que servirá de critério interpretativo, que nem sempre está comprometida com questões justas e não excludentes. A rigor, esta somente será considerada ideal, quando se revelar coerente com as condições epistêmicas ideais, que convergem para a realização do objetivismo moderado.

O dever da argumentação moral

Nesta busca pelo núcleo objetivo dos valores, a interpretação jurisdicional possui papel central para Dworkin. Diante da crescente complexificação das relações sociais, e, por conseguinte, das demandas judiciais, o argumento é o instrumento que indica as direções para a melhor resposta ao litígio, na medida em que afasta as inconsistências e permite resoluções que podem ser consideradas sólidas, corretas e verdadeiras (MINOW; SINGER, 2010 p. 3).

Martha Minow e Joseph Singer (2010, p. 2), embora não concordem com a teoria de Dworkin em muitos aspectos, explicam que, para este autor, a tese da argumentação moral representa um relevante raciocínio, uma vez que os juízos (morais) acerca de determinados valores, ainda que analisados à luz da moralidade institucionalizada, podem ser bem ou mal argumentados, de modo a influenciar diretamente no processo decisório.

Em verdade, o cerne da questão está no modo em que se argumenta, à medida que Dworkin con-

cebe o direito como um centro de conversação, quer dizer, de debate entre pessoas que discutem quais os direitos existentes (MORRISON, 2006 p. 521). Com efeito, o modelo substancialista de direito propugnado pelo autor não apenas não impede, como exige e promove uma cultura deliberativa em sociedade (TORRE, 2012 p. 76).

Destarte, (sobretudo) o intérprete, na posição de coparticipante e não de mero expectador, deve preocupar-se com a análise do melhor argumento, bem como expor argumentos, que justifiquem suas razões de decidir. Trata-se de ir “mais além do próprio direito” como supradito (2009.p. 105), porquanto o direito em Dworkin não apenas não se esgota no modelo de regras, nos testes de *pedigree* de aferição de validade, tampouco na concepção sistemática, solipsista e tautológica propugnada na teoria formalista do direito, como também a vê superada radicalmente, afinal, compreende um direito valorativo, porque indissociável da moral, da ética e da política, e que, mesmo assim, não perde o caráter de objetividade, previsibilidade e segurança, característicos do outro modelo, ainda que se considere a existência de versões renovadas do positivismo jurídico que estabelecem a possibilidade de conexão entre direito e moral.

Do que se observa que Dworkin utiliza-se de *argumentos de princípios políticos* em sua teoria (SILVA; FERREIRA, 2007 p. 27), isto é, naqueles pautados nos direitos e garantias individuais arraigados nos ordenamentos jurídicos democráticos, ainda que não positivados. É que, decerto, o autor afirma existirem duas espécies prováveis de argumentação, quais sejam, esta ora comentada, que por sua vez é a de sua preferência, e também os *argumentos de procedimento político* que, a seu turno, enfatizam, sobremaneira, o interesse público, conforme extrai-se da sua obra *levando os direitos a sério* (2009).

Referida distinção decorre de uma preocupação peculiar do autor que, por sua vez, perdura ao longo de toda sua teoria, concernente a diferenciação que existe entre os princípios e as diretrizes políticas, estas também chamadas de *policies*¹. Destarte, em uma discussão jurídica, devem os argumentos de princípios prevalecer, em detrimento daqueles pautados em diretrizes políticas (PEDRON, 2009 p. 104), afinal, a teoria de Dworkin privilegia a realização de um direito moral.

Com isso ele afasta “qualquer cálculo de racionalidade utilitarista que não leve em conta a igual consideração e respeito” (SILVA; FERREIRA, 2007 p. 16) tanto entre os envolvidos diretamente em dado caso, quanto em relação aos que não estejam, de modo que o direito como integridade concebe uma moralidade política despretensiosa porque boa em si mesma, isto é, nos modos contemplados por Emmanuel Kant, voltada para a garantia dos direitos fundamentais, sem exclusões das minorias.

Em verdade, ao posicionar-se favoravelmente ao uso do argumento, Dworkin termina por romper com outro modo tradicional de conceber a dogmática-positivista, em que o fenômeno jurídico era comumente comparado ao exercício de jogar xadrez. Autores como Alf Ross, Max Weber, Hans Kelsen e Herbert Hart, neste sentido, vislumbravam que a exigência de cumprir a dimensão normativa do direito assemelhava-se ao encargo do jogador de xadrez, no concernente ao dever de observar tanto as regras do jogo, quanto as suas técnicas específicas, que se refeririam ao desempenho dos lances e que igualmente eram inferidas

¹ Enquanto os *princípios* são normas com dimensão de moralidade, as quais prescrevem um direito, atreladas aos valores de equidade, justiça e devido processo legal, a *policie* indica uma meta a ser alcançada, voltada para a realização de políticas públicas, em prol da melhoria da situação econômica e social de um dado Estado.

das regras do jogo, para que então se pudesse jogá-lo (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 199).

Ocorre que ao invés do xadrez, Dworkin prefere associar o direito ao jogo da cortesia. Ele entende que a inexistência de controvérsias sobre os conceitos interpretativos no xadrez inviabiliza o ensejo da melhor interpretação, mesmo se tratando de uma prática social. Isto porque a prática do direito além de ser social, e exigir atividades descritivas, é também justificadora e argumentativa, e como tal, se dá “por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada [...] (2013 p. 199)”, ajustando-se aos paradigmas sociais, de modo a demonstrar os seus valores e, outrossim, os seus propósitos, a partir da interpretação. Em outros termos, interpretar conceitos, sobretudo os abstratos, como são os valores, implica em argumentá-los sob a melhor luz, em torno dos seus possíveis sentidos, existentes em dado contexto social.

Em geral, todas as célebres teses de Dworkin de direito como integridade, romance em cadeia, única resposta correta e juiz Hércules, coadunadas com a necessidade de buscar, através da argumentação, a verdade que há nos valores, e de interpretá-los com responsabilidade, ou seja, da melhor forma possível, concernem a parâmetros decisórios que devem ser levados à risca, segundo entendimento de Dworkin, para a melhor realização do direito.

Em conjunto, convergem para o dever moral e ético de se dispor a agir com responsabilidade, sobretudo, durante ato decisório, de modo a buscar, na máxima medida em que se fizer possível, a objetividade interpretativa, tese esta denominada pelo autor de Responsabilidade como virtude. Assim, no caso dos valores, esta exigência é ainda maior, em razão da dificuldade proporcionalmente maior de interpretar-se os valores de uma sociedade, devido a sua abstração e generalidade.

Em verdade, a responsabilidade como virtude por ele tratada está voltada para o dever individual de responsabilidade em relação aos próprios atos que, por conseguinte, vai refletir na esfera de direitos dos outros. Trata-se pois, de um projeto a ser seguido por cada um. Desta feita, segundo a tese da responsabilidade como virtude, “as pessoas moralmente responsáveis agem segundo princípios; agem de acordo e não apesar das suas convicções” (DWORKIN, 2009 p. 111).

Dworkin então tem seu pensamento guiado pelo célebre imperativo categórico de Kant, ao afirmar que uma pessoa só pode ser considerada moralmente responsável “se aceitar a integridade moral e a autenticidade como ideais apropriados e empreender um esforço razoável para os alcançar”. (DWORKIN, 2012 p. 117). Isto porque uma pessoa que aceita, tanto a integridade moral, preocupando-se em não prejudicar as pessoas ao seu entorno, quanto a autenticidade, esta resultante de um filtro interno e individual ou, em outros termos, de reflexões pessoais, ou que ao menos empreende um esforço razoável para alcançá-las (a integridade e a autenticidade), pode então ser compreendida como responsável, aproximando-se assim do chamado homem de perfeita boa vontade de Kant, e, por conseguinte, de Hércules, o modelo de juiz ideal de Dworkin (DWORKIN, 2012 p. 116-117). Nos dizeres de Dworkin:

[...] a interpretação une os valores. Somos moralmente responsáveis, se as nossas várias interpretações concretas constituírem uma integridade geral, de modo a que cada uma suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente por nós abraçada. Se falharmos esse projeto interpretativo- e parece impossível obter um sucesso total-, não agimos inteiramente segundo a convicção e, portanto, não somos inteiramente responsáveis[...]. (DWORKIN, 2011 p. 271).

Assim, perpassa por um processo de autoconscientização acerca da relação causa- responsabilidade dos próprios atos, sendo, pois, uma projeção a ser diariamente perseguida, “como um trabalho sempre em progresso” (DWORKIN, p. 117).

O problema da ampliação do poder decisório: uma crítica à discricionariedade e à banalização no uso dos valores

Em se tratando de interpretação de valores, naturalmente abstratos, não raras vezes se obtém decisões aparentemente consonantes com o ordenamento jurídico, porém que não se adequam, por derradeiro, ao fato, ou que não ensejam as melhores justificativas para o seu uso; requisitos estes que em Dworkin são determinantes para avaliar se a decisão tomada fora a melhor. Com efeito, ainda que legais, não significam que sejam justas, porquanto não são verdadeiramente adequadas e justificáveis como tais.

Nesta senda, interpretações discricionárias são moralmente condenáveis, ainda que detenham a aparência (formal) de legalidade. Ora, tanto os princípios jurídicos (que traduzem a moralidade), quanto os procedimentos formais são direito em Dworkin. Contudo, não é esta a visão que aparece como predominante hodiernamente e, caso seja, não se tem revelado então como incentivadoras de decisões mais normativas e menos arbitrárias, como deveria.

O primeiro grande problema da subjetividade judicial, decerto, perpassa o tema da fundamentação racional escassa das decisões judiciais atuais no Brasil. Isto porque sem a devida fundamentação jurídica, como é possível verificar se a decisão tomada fora adequada? Não há como responder a esta indagação de modo absoluto, é fato. Entretanto, a questão é, se se corre o risco das decisões judiciais serem tomadas mediante motivação pessoal, voltadas para o atendimento de certos interesses do intérprete, qualquer tentativa de resposta fica ainda mais duvidosa em se tratando de decisões não devidamente fundamentadas, que não delimitam quais os argumentos que a justificam, prejudicando, de certo, a segurança jurídica. Utilizar-se de princípios jurídicos nestas circunstâncias, isto é, sem demonstrar *in concreto* sua adequação e justificação significa banalizá-los e, outrossim, dá margem aos subjetivismos que apenas se travestem de legalidade.

Diante desta legalidade (formal), cumpre ressaltar, passa-se a tolher a incidência de questionamentos acerca da decisão judicial proferida, afinal, além desta estar, na maioria das vezes, condizente com o ordenamento Jurídico, também carrega consigo um apelo emocional considerável, sobretudo pelo conteúdo de moral e justiça que os valores irradiam. Embora formalmente consoantes com as normas (regras e princípios), não se sabe se se faz apropriada ao caso.

Neste sentido, Virgílio da Silva (2009 p. 253) garante que é o ônus argumentativo, sobretudo na seara valorativa, o melhor meio de impedir a diminuição da proteção dos princípios, isto é, de legitimar uma maior proteção dos direitos; assim como segue no mesmo raciocínio a doutrina de Sarmento, aduzindo que:

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (SARMENTO, 2006 p. 200)²

A segunda problemática, a seu turno, consubstancia-se no fato dos valores transmitirem uma elevada carga emotiva e comovente à decisão, a qual passa a ser compreendida como um forte apelo à justiça e à observância da dignidade da pessoa humana, de modo a ser não apenas juridicamente aceitável a decisão tomada e nos moldes em que fora tomada, mas, mais ainda, aplaudida pela maioria que entende que o melhor foi feito, mormente porque resultante de uma decisão judicial, isto é, de uma autoridade legítima.

Todavia, este enaltecimento da emotividade que há nos valores, bem como “a tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes” (SARMENTO, 2011 p. 106), este último no sentido da realização dos direitos acabar concentrando-se no Poder Judiciário.

No Brasil, esta realidade tem-se consolidado há algum tempo, por diversos fatores. O fato da Constituição Federal de 1988 ter reconhecido ao poder judiciário a função de guardião dos direitos fundamentais ou de “guardião das promessas,” conforme definição de Garapon (2001), pode ser citado como uma das questões que influencia(ra)m para a atual cultura de supervalorização dos princípios, a qual se instalou de tal forma que hoje tornou-se comum utilizar-se do mesmo princípio, em uma mesma demanda, quer seja para defender interesses antagônicos, em matéria de defesa, quer seja para decidir a favor de um e não de outro litigante, em sede meritória.

Em verdade, utilizar-se de valores jurídicos para camuflar decisões subjetivas, a partir desta supervalorização que se vislumbra, representa uma banalização na utilização destes princípios, em que “qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao ‘caso concreto’, que acaba sendo construído a partir de grau zero de significado” (STRECK, 2009 p. 493) jurídico nestes casos, afinal, ao invés da norma mais adequada, é a criatividade do intérprete que predomina no plano de fundo.

Com efeito, não é em torno do uso irracional dos princípios que gravita o propósito de Dworkin. Sua teoria interpretativa fora construída a partir da moralidade social-jurídica para restringir e não ampliar o campo de possibilidades interpretativas, refutando o uso da moralidade pessoal dos julgadores. De-

² Sobre o assunto, o uso distorcido dos valores revelou-se na promoção do direito à saúde via judicial no Estado do Pará, o qual tem sido concedido aos litigantes sem parâmetros, em nome da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do mínimo existencial, conforme evidenciado em estudo de pesquisa recente desenvolvido neste Estado. Demonstra que, diante da colisão de direitos entre um indivíduo (ou um certo grupo de indivíduos) que é parte do processo judicial e a população, isto é, a comunidade, considerando que a saúde pública é direito universal no Brasil, a solução adequada segue condicionada à análise em concreto do caso, mediante juízos de adequação, o que não tem ocorrido, com destaque na realidade Paraense, pois, segundo dados quantitativos e qualitativos obtidos, as decisões proferidas enaltecem tão apenas o ideal de justiça que a aplicação de tais valores irradia. Para maiores esclarecimentos, ver: Juliana Corrêa (2014, p. 21-26).

certo, ele realiza um “fechamento interpretativo”, quer dizer, ele “blinda” o direito face à discricionariedade judicial, nas palavras de Streck (2009 p. 495).

É neste sentido de limitar a prática interpretativa que Dworkin traz a lume critérios objetivos que conduzem ao encontro da melhor resposta correta. A rigor, referidos critérios, resumem-se no modelo de coerência, alicerce da teoria interpretativa deste autor.

A partir do supradito modelo, a completude dos ordenamentos jurídicos imanados de valores, cuja aplicação é imediatamente vinculante e não apenas subsidiária, é impeditiva do uso de fatores extrínsecos ao direito na interpretação, uma vez que a própria moral integra o fenômeno jurídico.

Embora exista o espaço de reflexão dos intérpretes em torno de qual conclusão jurídica será aplicada aos casos, sobretudo nos *hard cases*, e mesmo em se tratando de inúmeros e indeterminados princípios jurídicos, Torre (2012) evidencia que inexistente em Dworkin o exercício da chamada *discrecionalidad fuerte*, assim como também não há a *objetividade forte* comentada por Marmor (2004), de modo a defender o objetivismo interpretativo em nível moderado.

Assim, pautar-se em fatores externos ao direito na resolução dos casos, é criticável porque, “[...] según él, una vez que reconocemos la existencia de principios jurídicos, queda claro que los jueces están vinculados a los estándares del derecho incluso en los casos difíciles” (TORRE, 2012 p. 153). Em outros termos, quaisquer respostas não apenas devem ser extraídas do próprio ordenamento jurídico, como precisam estar em uma relação de coerência com este mesmo ordenamento jurídico, sob pena de ser considerada injusta, e, portanto, inadequada.

À guisa de esclarecimento, o modelo de coerência proposto por Dworkin exige que os fatos acerca de determinadas condições ou circunstâncias sejam objeto de argumentação fundamentada, que permita discutir os princípios jurídicos, à luz do caso, e demonstrar qual (quais) se faz(em) mais apropriado(s). Desta forma, tem-se tanto a possibilidade de demonstrar em que sentido casos semelhantes foram julgados correta ou mesmo erroneamente, quanto de realizar eventuais correções e adaptações às novas necessidades sociais, à luz da exigência de coerência com o Ordenamento Jurídico, o que inclusive é metaforizado por Dworkin na tese do *romance em cadeia*.

Deste modo, a teoria interpretativa de Dworkin realiza uma ruptura teórica com modelos tradicionais de interpretação concebidos ao longo da história do direito e o porquê disso não é de difícil visualização, à medida que se observa seu intuito de aproximar, na máxima medida, a necessidade de substancialização do direito à segurança jurídica.

Correntes como a decisionista, a exemplo das escolas realistas e sociológicas, pressupõem que o direito é aquilo que é produzido e criado nos tribunais, dependendo invariavelmente de fatores como personalidade e preferências dos juízes. O intérprete então assume a função de promover reformas sociais, em decorrência do seu próprio poder criativo de interpretação judicial.

A rigor, os defensores do referido modelo acreditam que os poderes majoritários competentes para criar o direito, são demasiado conservadores, na proporção em que não se dispõem a promover uma gran-

de alteração nas sociedades, o que, por conseguinte, gera uma transferência de atribuição ao judiciário, o qual acaba por se incumbir de promover as reformas sociais necessárias, e faz isso de modo decisionista, uma vez que decorrente da criação livre do intérprete. Nos dizeres de Leiter:

[...] al decir los casos, los jueces reaccionan principalmente a los hechos que subyacen al caso, más que a las reglas y a las razones jurídicas aplicables (que son utilizadas como medios para ofrecer justificaciones ex post de las decisiones alcanzadas sobre otras bases). (LEITER, 2012 p. 102)

No modelo *discricionário*, por sua vez, referida abertura à liberdade interpretativa não ocorre de modo ilimitado como no decisionista, mas existe em situações específicas, quando diante de *hard cases*, isto é, de casos de difícil resolução. A natureza pontual da dose adicional de liberdade faz com que haja a assunção da discricionariedade judicial, sem que isto seja considerado como uma arbitrariedade. Trata-se do propugnado por alguns dos maiores expoentes do positivismo jurídico, Hans Kelsen³ e Herbert Hart⁴. Contudo, se deu em Hart um dos embates mais célebres entre a doutrina envolvendo a teoria de Dworkin, notadamente em matéria de discricionariedade judicial.

Por fim, ainda é possível mencionar o dedutivismo interpretativo, no qual há a negação de qualquer valoração. As normas jurídicas são concebidas como detentoras de um sentido prévio, de modo que o papel do intérprete é o mero ato de revelá-lo, mediante exercícios de subsunção do fato à norma e de aplicação não avaliativa do direito, descrevendo-o tal como é, ou seja, sem avaliá-lo quanto ao conteúdo de suas normas. A função da interpretação no modelo dedutivo, portanto, é descrever a realidade jurídica, a partir de juízos de mera constatação. Conforme explica Robert Alexy: “*the true model of deduction says that the decision of any legal case follows logically from the valid norms, together with definitions of legal concepts which are presupposed to be certain, and empirical sentences*” (ALEXY, 2011 p. 166).

Verifica-se, assim, que em relação aos supraditos modelos interpretativos já assentados na doutrina, o modelo de coerência de Dworkin se perfaz de maneira muito peculiar, referindo-se a um padrão interpretativo descritivo-justificador ou, em outra expressão, descritivo-normativo. Isto porque Dworkin reconhece a relevância da descrição da realidade e daquilo que acontece em sociedade, na exata medida em que ocorre. Entretanto, acredita que restringir-se a isto implicaria em uma estagnação do direito.

Em sua teoria, o direito precisa ser revelado também sob à melhor luz, ao invés de apenas ser descrito, quer dizer, constatando-se o presente e propondo-se a melhorá-lo para o futuro, daí o porquê de utilizar-se de metáforas como a do romance em cadeia e do juiz Hércules para inspirar a necessidade de

³ Em Kelsen, a prática jurídica não é científica, mas política. Assim, para este autor, existe uma variabilidade de respostas possíveis de serem adotadas dentro da chamada moldura legal que o ordenamento jurídico representa, sendo, pois, uma mera ficção afirmar a univocidade dos valores. A interpretação cria direito porquanto não se trata de ato cognitivo como no modelo *dedutivo*, mas sim de *interpretação autêntica*, mediante a qual os juízes, ainda que limitados ao ordenamento jurídico, atuam com discricionariedade na escolha da norma a ser aplicada na resolução do caso. Nos dizeres de Alexy (2011 p. 167): “*Kelsen [...] says that in the difficult cases the judge, like a legislator, had to solve a problem of legal politics. In doing so, he was deciding in accordance with his free discretion. His decision was based on an act of will*”.

⁴ Herbert Hart, teórico positivista, na obra *o conceito de direito* (1994), propugna um *poder intersticial* dos juízes de utilizarem-se da discricionariedade somente nos casos complexos, não regulados, ou com divergências interpretativas; “[...] não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra jurídica e, assim, legislando intersticialmente” (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 161). Para ele, o ordenamento jurídico é incompleto dada a dinamicidade do direito, bem como, é parcialmente indeterminado, em razão da incorporação de certos princípios jurídicos, que propiciam incertezas quanto a interpretação, representando uma verdadeira *zona de penumbra* que tão somente a discricionariedade judicial é capaz de solucionar.

aperfeiçoamento da experiência jurídica, o que, por derradeiro, somente se torna possível a partir do objetivismo moral interpretativo e, neste sentido, a coerência “*is indeed an essential element of rationality and cannot be left out in a theory of rational legal discourse*” (ALEXY, 2011 p. 169-170).

Destarte, não há que se falar em decisionismo (arbitrariedade), discricionariedade, nem mesmo em “pura” dedução interpretativa na teoria de Dworkin, pois que todos estes modos de conceber o direito são, cada um à sua medida, insuficientes e prejudiciais ao ideal jurídico segundo este autor. Ressalte-se ainda, que esta proposta ambiciosa condiz com um modelo deôntico de direito, isto é, que (além de descrevê-lo) também considera aspectos que deveriam ser incorporados ao direito, mas que ainda não se fazem concretizados, mormente em razão de incentivar o seu ininterrupto aprimoramento.

Com efeito, a discricionariedade figura como prejudicial para Dworkin não apenas nos aspectos ora mencionados. Outrossim, incide nociva ao direito no tocante ao fato de afetar o próprio sentido das proposições jurídicas (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 245), o qual varia de acordo com a forma pela qual se compreende o fenômeno jurídico, sobretudo em razão da indeterminação que há quanto ao conceito de direito.

Na teoria de Dworkin, o conceito de direito é doutrinal, e como tal “reporta-se ao contexto linguístico no qual se requer um valor de verdade para proposições jurídicas” (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 246), logo, para o autor, “compreender uma prática argumentativa sobre um conceito interpretativo envolve a compreensão do sentido que os agentes emprestam aos valores e aos argumentos que estão envolvidos nessas práticas e, portanto, à própria interpretação ‘interna’ realizada pelos agentes” (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 18).

Destarte, Dworkin, conquanto compreenda a relevância que os intérpretes detêm na promoção dos direitos, limita-os o poder decisório àquilo que está inserido no ordenamento jurídico. Em verdade, mormente em razão de entender o papel dos juízes, bem como de ser um teórico democrático, este autor não desconsidera os demais poderes institucionais, conforme bem explica Bermejo (2006), tampouco a importância da participação popular no melhoramento das questões da vida em sociedade.

Consoante essa doutrina, Dworkin democratiza os problemas de identificação do direito e os estende a todos os cidadãos, ressaltando que “*si los jueces son en muchos casos el centro de su atención es porque simbolizan más que ningún otro las esferas de la interpretación y la aplicación del derecho, y [...] simbolizan la comprensión de estas prácticas argumentativas*” pois, a rigor, tanto Hércules, o juiz ideal, quanto os intérpretes reais, são “*paradigmas de aplicación argumentativa del derecho*” (BERMEJO, 2006 p. 124).

Assim sendo, não se pode olvidar que o dever de argumentar a escolha realizada, de modo fundamentado, representa o ponto para o qual todos os demais critérios objetivos da teoria de Dworkin convergem, afastando quaisquer subjetivismos. Contudo, observa-se que no Estado Brasileiro a teoria de Dworkin não foi bem absorvida. É comum este autor ser citado entre os próprios juristas como uma fonte doutrinária segura que legitima o uso (muitas vezes desmedido) dos princípios. O que se tem desconsiderado, cumpre sublinhar, é que o uso destes princípios se dá de modo racional e não arbitrário.

Ocorre que é esta racionalidade que segue muito aquém do ideal, no Brasil. Percebe-se uma certa indiferença ao dever de cuidado com as justificações das decisões, que segue sustentada pelo caráter indeterminado dos valores, o qual parece estar sendo utilizado como escudo contra o dever de objetividade e, concomitantemente, como um fator que torna o princípio “autossuficiente”, no sentido de denotar que a mera aplicação do valor em dado caso significa ser capaz, por si mesma, de atender a todas as expectativas de justiça, em razão do conteúdo moralista que transparecem. Deveras, hoje se vê instalado no judiciário Brasileiro um “ambiente intelectual que aplaude e valoriza as decisões principiológicas” (SARMENTO, 2011 p. 104), encobertando, não raras vezes, arbitrariedades, que passam camufladas pela carga emotiva e positiva que princípios jurídicos como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade carregam consigo.

Autores como Virgílio Silva, já vem apontando nos últimos anos para o fato de até mesmo o Supremo Tribunal Federal não estar imune à indiferença das demais instâncias no tocante a exigência de interpretar, nos termos de Dworkin, de modo descritivo-normativo, ao invés de restringir-se a descrever uma norma ou um fato.

No texto “o proporcional e o razoável” (SILVA, 2002 p. 23-50) o autor analisa alguns julgados, demonstrando que, por vezes, a Corte Brasileira tomara suas decisões, sem justificá-las, isto é, tão apenas alegando a aplicação de um princípio em detrimento de outro, o que, em termos de coerência e equidade, não é suficiente, sobretudo à luz da teoria interpretativa de Dworkin.

Sobre o tema, também o ex-Ministro do STF Eros Roberto Grau já se manifestou criticamente em relação ao abuso ou à banalização no uso dos princípios pela Corte, que pode conferir certa abertura às preferências pessoais dos julgadores. Em painel realizado no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional, em mesa presidida pelo professor titular Celso Lafer, o então Ministro fez as seguintes considerações, conforme noticiado no painel do última instância:

[...] Eros Grau admitiu que no Supremo, muitas vezes, eles estão “atravessando a praça”, na medida em que não existe um critério que oriente a maneira como os princípios e valores devem ser ponderados. “É a questão da tirania e isso me parece extremamente grave”, declarou. Além disso, no entendimento do ministro, a segurança jurídica estará sendo “despedaçada” se houver uma formulação arbitrária sobre juízos de valor quando se ponderam princípios [...] de acordo com o ministro Eros Grau, quando ocorre o abuso dos princípios, e mais grave ainda, quando nesse abuso as preferências pessoais predominam, “se faz a chamada ponderação dos princípios e acabamos decidindo no plano do arbítrio”. Com isso, segundo ele, “a insegurança jurídica se instala, na medida em que o STF deixa de ser controlador da constitucionalidade e passa a exercer o comando da proporcionalidade e razoabilidade das leis. (DOLME, 2009 p. 4)

Observa-se deste excerto que, além da supervalorização dos valores, Eros Grau suscitou o fato de inexistirem critérios racionais capazes de orientar a ponderação objetiva dos valores. De fato, sobre este aspecto, há que se reiterar que a solução não é tão autoevidente como parece ser nos casos regulados por regras, de modo a exigir esforços ainda superiores dos intérpretes. Entretanto, o que precisa ser interiorizado, é o fato dos valores representarem soluções mais dignas quando racionalmente usados e não abusados, como se tem percebido na prática jurídica Brasileira. Em outros termos, aproveitar-se da sua indetermi-

nação, bem como da sua aceitação social, para acortinar decisões arbitrárias, conforme denunciado por Eros Grau, ou mesmo demasiadamente pragmáticas, tornam ainda mais remotas as chances de se tutelar os direitos pleiteados de forma minimamente justa.

Na mesma oportunidade, Elival Ramos concordou com Eros Grau, acrescentando que “conforme a Corte se afasta dos parâmetros jurídicos normativos, se aproxima mais e mais da ‘principiologização do direito constitucional’, ou seja, de querer resolver as questões não só usando, mas abusando dos princípios”, finalizando que este tema parece ser “o mais agudo na questão da segurança jurídica”, algo que “já havia aparecido na doutrina e hoje aparece fortemente na jurisprudência” (DOLME, 2009 p. 5).

Deste modo, é imperioso reforçar que, sobretudo, no objetivismo moral interpretativo “o critério é construído argumentativamente, por meio de reflexão e construção teórica metodologicamente regulada (por exemplo, pressupondo coerência, ausência de contradição entre os argumentos, clareza, economicidade, simplicidade, etc.)” (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 206). Portanto, segue condicionado ao dever de argumentar, que deve(rá) ser maior, à proporção que aumentar a incerteza gerada pelo valor.

O intuito é demonstrar objetivamente em que sentido se faz mais viável e pertinente dar precedência a um e não a outro princípio, de modo a afastar ao máximo da interpretação as imprevisibilidades das decisões pessoais do julgador, sobretudo considerando que inexistente, a partir da teoria de Dworkin, “um critério externo, transcendental, estranho à prática social que possa servir de medida para a adequação” (MACEDO JUNIOR, 2013 p. 233), senão a análise da própria prática social à luz do caso concreto.

Em razão do exposto, os parâmetros objetivos de decidibilidade desenvolvidos por Dworkin podem ser utilizados como uma das diretrizes interpretativas, no sentido de estimular a realização de decisões mais adequadas aos casos, uma vez que ele exige justificações fundamentadas sob a melhor luz, logo, ele propaga a importância e conduz a alguns meios de se evitar, ou de ao menos reduzir, o elevado índice de discricionariedade nas decisões judiciais, incentivando, outrossim, o dever de responsabilidade dos intérpretes.

Conclusões

O presente trabalho desenvolveu alguns aspectos da teoria de Ronald Dworkin no tocante ao seu rompimento com as premissas formalistas do positivismo, notadamente a presença de valores morais e de justiça, concebidos por ele como unos e objetivos. Demonstrou que, através do exercício interpretativo, consoante o modelo de coerência, é possível a integração dos valores, e, por conseguinte, a revelação do caráter objetivo que se pode extrair da moral, imprescindível para a segurança jurídica e para a realização de uma sociedade mais justa.

Segundo o autor, isso é possível porque certas práticas são condenáveis moralmente, independentemente do local em que foram realizadas, sem, contudo, consistirem em uma imposição de verdade absoluta ou incontestável, pois que precisam ser analisadas em concreto.

Neste sentido, a fundamentação jurídica e, sobretudo, a argumentação jurídica e não política de princípios, são os meios mais indicados, segundo o pensamento do autor, de identificar a compatibilidade que existe entre a decisão proferida, o caso, os valores normativos e os valores da comunidade de princípios. Com isso ele demonstra a necessidade de se decidir de maneira descritivo-justificadora, dando, outrossim, indícios de preferir o nível moderado de objetivismo.

Deste modo, sua teoria termina por conferir um grande destaque a atividade dos juízes, na medida em que estes encarnam a função aperfeiçoadora do direito, a partir da resolução de cada caso. Apesar disso, Dworkin se concentra em restringir o poder destes profissionais do direito, no sentido de conduzi-los a decidir com base no próprio direito, que é moral, dispensando eventuais interesses pessoais, pragmatismos, convencionalismos, conservadorismos ou mesmo ceticismos morais, de modo a destacar a utilização de juízos morais externos e não internos, durante o processo decisório. Mesmo porque os intérpretes no direito como integridade precisam dialogar com a sociedade e, portanto, não decidem isoladamente.

Ademais, o trabalho se pôs a criticar a indiferença que se tem percebido no Poder Judiciário em relação ao dever de cuidado com as justificações de suas decisões, que segue sustentada pelo caráter indeterminado dos valores. Quer dizer, alegando a indeterminação e dificuldade de definição dos valores, estes têm sido aplicados pelos magistrados sem parâmetros objetivos que demonstrem sua adequação aos casos, abrindo espaço para subjetivismos e juízos pessoais, que seguem camuflados pelo conteúdo moralista que os valores transparecem. Em suma, a utilização dos valores exige cautela proporcional ao grau de indeterminação e abstração que detiverem.

Deste modo, conclui-se que o modelo de direito proposto na pesquisa, ao contrário do paradigma positivista dominante na modernidade jurídica, promove a racionalização do ato de se interpretar os valores, ainda que isto represente um projeto nunca plenamente alcançável. Neste sentido, o trabalho reforça a perspectiva deôntica que a teoria de Dworkin possui para inspirar e transformar a práxis jurídica contemporânea.

Referências

BERMEJO, Juan. **Coherencia y sistema jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CORRÊA, Juliana. **A saúde pública jurisdicionalizada no Estado do Pará**. CONPEDI, XVII, 2014.

DOLME. **Abuso dos princípios constitucionais ameaça jurisprudência, dizem especialista**. Última instância. 2009. Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43259/abuso+dos+principios+constitucionais+ameaca+jurisprudencia+dizem+especialistas.shtml>>. Acesso em: 22/04/15.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. São Paulo: Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Almedina, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. São Paulo: Almedina, 2009.

FISH, Stanley. **Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies**. The New York Times, 1989.

- GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: o guardião das promessas**. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**: third edition. California: Stanford Law books, 2013.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1994.
- INGRAM, David. **Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- KLAUTAU, Paulo Filho. Ronald Dworkin e a unidade de valor. **A leitura: caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**. v.4, n.7; nov/2011.
- LEITER, Brian. **Naturalismo y teoría del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MINOW, Martha; SINGER, Joseph William. In favor of foxes: pluralism as fact and aid to the pursuit of justice. **University Law Review**, v.90, Issue 2; Abril/ 2010. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/MINOWANDSINGER.pdf>.
- MOTTA, Francisco. Ronald Dworkin e o sentido da vida. **Revista Consultor Jurídico**, fev/2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>. Acesso em: 20/12/14.
- PEDRON, Flávio. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**. Ano XIII, n.45; abr./jun.2009.
- POSTEMA, G. “Protestant” interpretation and social practices. **Law and philosophy**. vol.6, dez.1987.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Davi; FERREIRA, Luciano. A moralidade política na prática judicial em Dworkin. **CONPEDI**, XVI, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davijosedesouzadasilva2.pdf>. Acesso em 17/03/15.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 798, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SYMPOSIUM: Justice for hedgehogs: A conference on Ronald Dworkin’s Forthcoming Book. **University Law Review**, v.90, n.2, abr.2010. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/documents/EDITORFOREWORD.pdf>. Acesso em: 20/03/15.
- TORRE, Mariano. **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo blanch, 2012.
- VERBICARO, Loiane. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.