

APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: UM ESTUDO A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADPF N. 132.

Flavio Quinaud Pedron¹

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo apresentar os principais pontos da teoria do Direito como Integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin como proposta hermenêutica e reconstrutiva para o Direito na atualidade. Esta teoria se mostra a proposta mais atraente exatamente por ser capaz de criticar com sucesso tanto as tradições do positivismo jurídico, do jusnaturalismo, bem como do realismo jurídico (quer na versão norte-americana, como na versão europeia). Além disso, apoiando-se em uma teoria hermenêutica baseada em Hans Gadamer, Dworkin promove uma melhor descrição do nosso direito, bem como do funcionamento das instituições públicas a partir da virtude da integridade. Com a defesa da tese da resposta correta, pode-se reconstruir a função jurisdicional sob bases paradigmáticas democráticas, haja vista a negativa da possibilidade de discricionariedade judicial, bem como a justificação para o sentido atual dos princípios jurídicos. Usando o julgamento da ADPF n. 132 como pano de fundo, pretende-se, ainda, exemplificar como essa resposta correta pode ser construída para o caso sub judice, afastando o uso de qualquer postura ativista por parte do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Construtiva em Dworkin. Teoria do Direito como integridade. União Homoafetiva.

ABSTRACT: This paper aims to present the main points of legal theory of integrity, developed by Ronald Dworkin as a hermeneutical and reconstructive proposal for the law today. This theory shows the most attractive proposition just to be able to successfully criticize the traditions of legal positivism, the natural law and the legal realism (whether in the North American version, as in the European version). In addition, relying on a hermeneutic theory based on Hans Gadamer, Dworkin promotes better description of our law and the functioning of public institutions from the virtue of integrity. To the defense of the thesis of the right answer, it can rebuild the judicial function under democratic paradigmatic bases, due to the negative of the possibility of judicial discretion, and the grounds for the current meaning of legal principles. Using the trial of ADPF n. 132 as a back-

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto IV da PUC-Minas. Professor Adjunto do IBMEC-MG. Professor do Mestrado da Faculdade de Guanambi – BA. Advogado.

drop, we intend to also exemplify how this right answer can be built for this case, removing the use of any activist stance taken by the STF.

KEYWORDS: Constructive Interpretation in Dworkin. Homosexual Union. Theory of Law as integrity.

I – INTRODUÇÃO

A ADPF n. 132 / RJ foi julgada em maio de 2011, tendo como ministro relator Carlos Ayres de Britto. A petição inicial foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, sujeito processual legítimo, conforme o art. 103, V, da Constituição de 1988, bem como o art. 2º, da Lei n. 9.882/99.

O presente caso pode ser resgatado para servir de mote para se pensar a teoria do Direito como Integridade. Afinal sob as bases dworkianas pode ficar claro como o resultado do julgamento não pode ser confundido como um ato de ativismo judicial, como alguns alegaram até hoje, pois o STF agiu de modo coerente em face da distinção: criar o direito e descobrir (interpretar) o direito.

A teoria de Dworkin, portanto, pode servir para nos mostrar como é possível compreender o direito a sua melhor luz e, a partir disso, implementar um esquema hermenêutico norteador da atividade jurisdicional, que preserve a legitimidade democrática e o papel da sociedade como uma comunidade de intérpretes da Constituição e do Direito.

Sob tais premissas, é que se pretende, ao final, então, (re)analisar o resultado do julgamento da ADPF n. 132, a fim de verificar se os pressupostos para demarcação do que seja um caso exemplar de uma resposta correta do sentido dado por Dworkin foram mantidos.

II – OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132

A pretensão, então, buscava uma definição sobre se haveria (ou não) proteção constitucional para as uniões homoafetivas, sob a premissa que as decisões judiciais lhes negam direitos constitucionais, como igualdade, liberdade e dignidade humana². Dessa forma, pleiteava-se uma interpretação ao art. 1.723, do Código Civil³, que incluísse a união homoafetiva dentro do conceito de entidade

2 Em razão dessa problemática, por exemplo, pairava a dúvida sobre a aplicabilidade dos art. 19, incisos II e V, que versa sobre os casos de concessão de licença, e do art. 33, incisos de I a X, sobre benefícios previdenciários e assistenciais, do Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei n. 220/1975).

3 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

familiar união estável. Pedia-se, ainda, que, em sede de medida liminar, fosse declarada a validade das decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, bem como a suspensão dos processos e decisões judiciais em sentido oposto, até o julgamento final da ação. Fez-se, ainda, um pedido subsidiário para que, caso não recebida a ADPF, esta seja convertida em ADI, a ser processada com pedido de proferimento de interpretação, conforme a Constituição aos artigos 19⁴ e 33⁵, do Decreto-Lei n. 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e ao art. 1.723, do Código Civil.

Dando continuidade ao processo, foram solicitadas informações ao Governador do Rio de Janeiro, bem como a Assembleia Legislativa daquele Estado e aos Tribunais de Justiça dos Estados. Os últimos manifestaram-se, majoritariamente, a favor da equiparação⁶. A Assembleia Legislativa fluminense informou que está em vigor no Estado a Lei n. 5.034/2007, que permite a averbação de companheiros do mesmo sexo como dependentes de servidores públicos estaduais.

Em parecer da Advocacia-Geral da União, o órgão também se posicionou pelo cabimento das uniões homoafetivas dentro do conceito de família, o que também foi consonante com o parecer da Procuradoria-Geral da República.

O ministro relator identificou, ainda, coincidência de objeto com a ADI n. 4.277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, também em curso, razão pela qual passou a processá-las conjuntamente.

Iniciando a votação, o Min. Carlos Ayres de Britto abriu sua decisão esclarecendo que conheceria da ADPF n. 132, convertendo-a em ADI e julgando-a em par à ADI n. 4.277. Dessa forma, a questão central estaria na fixação de uma interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil brasileiro,

4 “Art. 19 Conceder-se-á licença: [...] II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular”.

5 “Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I - salário-família; II - auxílio-doença; III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV - financiamento imobiliário; V - auxílio-moradia; VI - auxílio para a educação dos dependentes; VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas”.

6 Foram discordantes os Tribunais de Justiça do Distrito Federal, de Santa Catarina e da Bahia.

sem restringir a discussão às normas referentes ao Estatuto do Servidor Público civil fluminense (que seria questão prejudicada em virtude da Lei Estadual n. 5.034/2007 (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p. 20). O ministro lembra, então, que o art. 3º, IV, da Constituição de 1988⁷, define que a promoção do bem-estar de todos, sem discriminação, inclusive, de natureza sexual, é um dos objetivos da República brasileira; e que por sexo não se estaria apenas sinalizando para a diferença (fisiológica) entre o gênero masculino e o gênero feminino, mas mais que isso: a Constituição, ao consagrar a proteção ao pluralismo sócio-político-cultural, afirma um direito fundamental de igualdade “civil-moral” e, por tal elemento normativo, determina a necessidade de efetivação de políticas públicas afirmativas para a plena e respeitosa convivência entre os cidadãos. Além disso, invoca aqui uma fala que atribui – sem indicar sua fonte precisa – a Kelsen (1999, p.273-274), quando diz que “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, e está juridicamente permitido”, o que corresponderia à norma presente no art. 5º, II, da Constituição de 1988⁸. Logo, se não há nenhuma norma constitucional tornando ilícita a homossexualidade, o ministro entende que a conclusão deve assentar-se na sua permissão pela Carta Magna. Em uma segunda parte de seu raciocínio, o Min. Ayres de Britto afirma que o direito de respeito à preferência sexual é fundamentado também no princípio da dignidade humana, entendido aqui como o direito à auto realização e à felicidade. Sendo assim, qualquer interpretação em sentido contrário ao reconhecimento de direito às uniões homoafetivas se fundaria em um preconceito, o que a própria Constituição busca reprimir. Como se está diante de direitos fundamentais, o ministro conclui pela auto-aplicabilidade, sendo de plano entendido dentro do conceito de família as uniões homoafetivas; o que dispensa a necessidade do Legislativo de regulamentar o caso por meio de edição de leis (AYRES DE BRITTO, voto na ADPF n. 132, p.32.). É importante destacar que o min. Relator fecha seu voto identificando o conceito de família como um conceito cultural, de modo que a linguagem jurídica não pode tecer nenhuma espécie de controle, nem pode ser reduzido para fomentar leituras preconceituosas e homofóbicas.

O segundo a votar foi o Min. Luiz Fux, que acompanhou o min. Relator ao receber a ADPF n. 132 como ADI e reconhecer a identidade de objeto com a ADI n. 4.227. Preparando a discussão de seu voto, ele estabelece algumas premissas: (1) a homossexualidade é fato social no Brasil, já senso constatada no Censo de 2010 pelo IBGE (FUX, voto na ADPF n. 132, p.60.); (2) não há qualquer norma

7 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

8 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

jurídica – constitucional ou infraconstitucional – que defina expressamente tal união como ilícita, inexistindo vedações para suas constituições. Além disso, o Min. Fux, no mesmo sentido que o julgador anterior, entenderá que o Estado não pode ser promotor – mas sim, opositor – de preconceitos, em qualquer das suas formas. Sob esse aspecto, ele argumenta que não há nenhuma distinção ontológica entre a união homoafetiva, o casamento e a união estável como espécies do conceito família. Citando Dworkin (2006), o Min. Fux lembra que a Constituição exige de seu intérprete a assunção de uma leitura que consagre a todos iguais direitos de respeito e de consideração. E, explicando melhor, o ministro defende a igualdade de oportunidades, trazida também por Dworkin. Além disso, o desrespeito comprometeria, ainda, a proteção da dignidade humana dos homossexuais. Logo, uma política de reconhecimento – o que envolve um programa de políticas públicas – deve ser estabelecida para materializar tal igualdade. O Min. Fux cita, então, como exemplo, a Portaria MPS n. 513, do Ministério da Previdência Social, de 09 de dezembro de 2010, que prevê que o conceito de dependentes para fins previdenciários deve abranger a união de pessoas do mesmo sexo. Voltando-se para o pensamento de Hesse (1991), o Min. Fux afirma que as mudanças sociais – como fatos concretos – não podem ser ignoradas pelo mundo jurídico, mas, o que a princípio poderia embasar um argumento favorável à afirmação de uma mutação constitucional, logo é abandonado, pois, na finalização de seu voto, o Min. Fux deixa claro que a questão aqui é de reconhecimento do que já estava na própria lógica da Constituição, sem mencionar qualquer necessidade de alteração normativa. Ou seja, o art. 226 da Constituição, ao proteger a família, já autoriza a declaração do direito à união homoafetiva.

A Min. Cármen Lúcia segue na votação do processo. Seu argumento toma como ponto central a noção de que a Constituição é um conjunto sistêmico de normas, que devem ser interpretadas de modo a produzir uma harmonia dos seus comandos. Assim, a largueza que a ministra atribui como própria das normas constitucionais, permite a ela afirmar que os termos homem e mulher, presentes no art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, não podem ser tomados em sua literalidade, sob pena de aniquilar a liberdade sexual dos homossexuais.

O Min. Ricardo Lewandowski (voto na ADPF n. 132, p.103) abre seu voto apresentando um registro do tratamento constitucionalmente dado pelas Constituições anteriores à família. Nas Cartas de 1937, 1946 e 1967, pode-se perceber que o conceito de família se compunha como desdobramento da relação de casamento; o que é distinto da disciplina dada pela Constituição de 1988, que busca desgarrar os dois conceitos, explicitando a existência de outros modelos de família que não se constituem apenas pelo casamento (daí decorrendo a união estável e a família monoparental). Dentro da própria história institucional inaugurada pela Constituição vigente, outro debate foi importante para alargar a compreensão da proteção constitucional à entidade familiar: se a possibilidade de conversão da união estável em casamento constituiria – ou não – condição

sine qua non para o reconhecimento de tal como entidade familiar⁹. Voltando ao debate constituinte, o ministro busca justificar que o sentido do texto constitucional da norma do art. 226, §3º, seria exclusivamente para definição de uma união entre homem e mulher, no sentido próprio. Ou seja, argumenta que o Constituinte intencionalmente haveria vedado o reconhecimento de união estável às uniões homoafetivas. Assim, logo de plano, o ministro descarta falar na aplicação de uma mutação constitucional ou na utilização de uma interpretação extensiva do dispositivo para modificar o sentido do conceito de união estável, e propõe como solução a declaração de uma nova espécie – um quarto gênero – de entidade familiar, a se designar por “relação homoafetiva”. A proteção constitucional a essa espécie derivaria de uma leitura sistêmica do texto constitucional – e não apenas do art. 226 – alinhando os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual. Ele alega, portanto, fazer uso de uma metodologia de integração normativa, justamente por haver um vácuo normativo que deve incorporar a realidade¹⁰. Desse modo, ele sustenta que não está indo de encontro com a intenção original do Constituinte de 1988, mas construindo entendimento a partir da lacuna que se forma pela realidade social.

Dando continuidade ao julgamento, o Min. Joaquim Barbosa (voto na ADPF n. 132, p.117) afirma que a discussão toca exatamente em um descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Igual a outros ministros, irá reconhecer que há um “silêncio constitucional” sobre a matéria, mas entende que, de modo algum, tal silêncio pode ser interpretado como negação. Então, para a superação do problema, lança mão da ideia de que uma ordem democrática tem de assegurar a todos respeito e consideração iguais – citando, inclusive, Dworkin –, e compreendendo que há, sob o pano de fundo da questão, todo um processo histórico que não pode ser negligenciado. Logo, ele também vota favoravelmente ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

O próximo voto é de autoria do Min. Gilmar Mendes. Sua primeira observação é a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição seria equivocada, pois não haveria múltiplos sentidos na norma, dos quais o STF necessita assentar um e excluir os demais da validade jurídica (voto na ADPF n. 132, p.147). O §3º do art. 226, em sua visão, prestaria exclusivamente à disciplina da figura da união estável, e influenciaria para permitir ou para proibir as uniões homoafetivas, pois seria conceito distinto. Logo, ele explicita que a manutenção da linha de raciocínio que defende a aplicação da técnica de interpretação,

9 Ver julgamento pelo STF do RE 397.762 / BA, Rel. Min. Marco Aurélio.

10 “Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional” (LEWANDOWSKI, voto na ADPF n. 132, p.112).

conforme querem os Ministros Ayres de Britto¹¹, Cármen Lúcia e Fux, acabaria por produzir uma alteração da normatividade constitucional, o que ele entende não ser necessário – e nem legítimo¹² –, já que tal proteção não precisaria ser criada, mas poderia ser declarada a partir das mesmas normas que formam a Constituição vigente, isto é, a partir dos princípios da liberdade e da igualdade. Mas, em uma nova assentada, o Min. Mendes registra que na prática a leitura que se faz da norma generaliza o entendimento da proibição das uniões homoafetivas, o que é equivocado, e que sobre tal quadro é que se caberia falar em interpretação conforme. Logo, para o Min. Mendes, a questão deve ser recolocada sob o prisma de proteção dos direitos fundamentais de uma minoria em cumprimento àquilo que estaria na própria essência da jurisdição constitucional. O Min. Gilmar Mendes destaca também que as tentativas de proteção dessa minoria pelo Estado tem sido insuficientes, pois não basta apenas uma ação no sentido de coibir o preconceito, mas um conjunto de políticas públicas voltadas para a promoção da dignidade desse grupo¹³. Assim, ele entende que a decisão que o STF deve tomar não pode representar uma solução definitiva, mas servir para estimular o debate e permitir que a atuação legislativa cuide de definir melhor a questão.

O voto conduzido pelo Min. Marco Aurélio, por sua vez, toma o rumo de uma reconstrução das transformações pelas quais o conceito de família sofreu ao longo da história da humanidade, com incursões pelo direito brasileiro no século passado. Sob a leitura da dignidade humana, o ministro passa a defender

11 O Min. Ayres de Britto (voto na ADPF n. 132, p.126) interrompendo a leitura do voto no Min. Gilmar Mendes, irá explicitar que era exatamente a sua intenção dar ao texto do art. 226, § 3º da Constituição um sentido ampliado, para além da sua literalidade, e, com isso, incluir dentro do conceito de união estável a união homoafetiva. Sob tal linha de raciocínio parece ficar evidenciado – sem que, contudo, o mesmo ministro tenha explicitado – a tentativa de criação de uma mutação constitucional, já que os mesmos buscaram alterar a norma jurídica para incluir a união homoafetiva no conceito de união estável, mas preservando o texto original da Constituição. Mas esta não seria uma interpretação correta da situação, pois na sequência de seu voto o próprio Min. Ayres de Britto acaba reconhecendo que a decisão tem que levar em consideração uma interpretação construtiva do Direito, citando inclusive, o pensamento de Dworkin.

12 Importante, então, registrar essa preocupação com o limite da interpretação e da decisão sobre a Constituição assumida pelo Min. Mendes, bem diferente do voto proferido na Rcl. 4.335 / AC, anteriormente analisado (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.154).

13 “Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidencie o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível!” (MENDES, voto na ADPF n. 132, p.194-195).

que a finalidade do Estado é permitir a cada cidadão a definição dos seus projetos pessoais de vida, o que inclui o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre. Logo, decorre uma obrigação constitucional de não discriminação e de respeito às diferenças na forma de um tratamento equânime, razão segundo a qual ele julga procedente o pedido, aplicando o regime da união estável às uniões homoafetivas.

Na abertura de seu voto, o Min. Celso de Mello registra a pluralização que o debate constitucional ganhou em razão justamente da participação da sociedade na forma do *amicus curiae*. Em um segundo momento, ele tece observações sobre o tratamento discriminatório que a história brasileira registra contra os homossexuais, e conclui no sentido de que tais práticas apoiadas exclusivamente em preconceitos injustificados tem de acabar. No seu entender, a decisão a ser tomada pelo STF, então, tem a função de tornar “efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório”. Sendo assim, sua posição é a defesa da aplicação da figura da união estável também para as uniões homoafetivas, na esteira do voto do ministro relator, pois, somente assim, poder-se-á efetivar o direito à busca pela felicidade desses indivíduos. Um traço importante em seu voto é a constatação de que não se trata de ativismo judicial ou de criação por parte da jurisprudência do STF, mas da efetivação de um direito que já se encontrava na ordem constitucional vigente, e que era negligenciado pelos poderes públicos (Min. Celso de Mello, voto na ADPF n. 132, p.261).

O último a votar é o Min. Cezar Peluso. Seu argumento é no sentido de compreender que a norma do art. 226, § 3º, da Constituição, não pode ser lida como *numerus clausus*, razão pela qual as uniões homoafetivas devem ser equiparadas às uniões estáveis. Mas entende que o Legislativo deve se mobilizar para regulamentar melhor tal equiparação.

III – O JULGAMENTO DA ADPF N. 132 COMO EXPRESSÃO CORRETA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO

3.1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROPOSTA TEORIA DA INTEGRIDADE EM DWORKIN

Dworkin é, reconhecidamente, um dos mais importantes e mais lidos autores contemporâneos nos campos do conhecimento jurídico, político e filosófico. Sua produção é abundante, consistindo em livros, artigos, ensaios, palestras, orientações etc¹⁴.

14 Quando afirma que o fato de Dworkin ser muito lido, não significa que é bem compre-

Seu traço fundamental é a defesa da integridade¹⁵ como ideal para nortear as práticas jurídico-políticas de uma sociedade, preocupada com o compromisso em dar às práticas do Legislativo e do Judiciário a melhor orientação e leitura possíveis¹⁶. Por isso mesmo, o argumento central de Dworkin é de “que a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes” (GUEST, 2010). Dworkin promove um ataque às tradições, tanto do positivismo jurídico (convencionalismo) quanto do realismo jurídico (pragmatismo), para demonstrar como tais tradições compreendem mal o direito.

Aliás, o problema de compreensão do que é o direito assenta-se como o fio condutor de toda a sua pesquisa. Sua tese fundamental resumidamente seria: o raciocínio jurídico é uma forma de exercício de um tipo de interpretação denominada construtiva, o que significa afirmar que o direito deve constituir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas¹⁷.

O debate jurídico, portanto, traz referências à discussão acerca das *proposições jurídicas*¹⁸ que levantam questões atinentes aos fundamentos do direito, abarcando dois níveis de divergências: as empíricas sobre o direito (qual a lei que deve ser aplicada ao caso?); e as teóricas sobre o direito (concordam com a aplicação de uma determinada lei, mas, ainda sim, divergem quanto ao fato desta

endido. Várias são as leituras que parecem confundir as conclusões a que o norte-americano chega, principalmente por compará-lo equivocadamente à linha de pensamento que é assumida por Robert Alexy e sua técnica de ponderação de princípios.

15 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 [equanimidade] corretos” (DWORKIN, 1999, p.202).

16 “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 1999, p.213).

17 Essa última informação é importante porque expressa uma ideia vital em Dworkin: a de que o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado, proprietário, cônjuge etc.

18 Segundo Dworkin (1999, p.6), as proposições jurídicas variam de declarações muito gerais – como “a Constituição proíbe o tratamento discriminatório em razão da opção religiosa” – até declarações bem menos gerais, ou até concretas – como “a lei exige que a Acme Corporation indenize John Smith pelo acidente de trabalho que sofreu em fevereiro último”. Essas proposições são muitas vezes avaliadas como verdadeiras ou falsas – mas há quem sustente que elas podem ser mais bem descritas como “bem fundadas” ou “infundadas”; todavia essa distinção não traz qualquer acréscimo à discussão.

esgotar ou não os fundamentos do direito)¹⁹. Dito de outro modo:

A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir a propósito de quais palavras estão nos códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito, é mais problemática (DWORKIN, 1999, p. 08).

Dworkin, então, pontua que as teorias que buscam reduzir o debate acerca das proposições jurídicas a uma controvérsia quanto aos fatos, na realidade, centram-se em discussões empíricas ligadas aos eventos concretos e históricos que sustentam a lide²⁰. Assim, uma compreensão das questões jurídicas como meros fatos acaba por reduzir o Direito, afirmando que ele nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas (casas legislativas ou tribunais), decidiram no passado (DWORKIN, 1999, p. 10). Destarte, tudo poderia ser resolvido por meio de uma visita aos arquivos que guardam essas decisões, e, com isso, não haveria qualquer sentido na divergência teórica sobre o Direito²¹. Toda divergên-

19 A divergência empírica poderia ser exemplificada da seguinte forma: juristas concordariam que a velocidade máxima no Estado da Califórnia é de 90 km/h, uma vez que há, na lei de trânsito, uma afirmação expressa nesse sentido. Todavia, tais juristas poderiam discordar desse limite se não houvesse a mesma afirmativa. Diferentemente, a divergência teórica denota que eles concordam sobre o que diz a legislação e as decisões judiciais, mas discordam quanto àquilo que a lei de trânsito realmente é, uma vez que parece haver uma discussão no sentido de saber se o corpus do Direito escrito ou o conjunto de decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes ao Direito. Desse modo, a divergência teórica é bem mais complexa do que uma mera discussão sobre quais palavras estão presentes nos códigos, sendo bem mais problemática.

20 Segundo obra mais recente, Dworkin (2010, p.16) afirma que a controvérsia semântica se sustenta no fato de que as pessoas analisam a questão reduzindo-a a um critério menos abstrato, que se apoia em uma estrutura física ou biológica. A dúvida que se poderia ter diante de um tigre ou de outro felino, por exemplo, dirá Dworkin (2010, p.16), poderia ser solucionada por meio da coleta e análise do DNA do espécime. Se, de fato, o exame identificasse que o DNA desse animal corresponde ao DNA já conhecido cientificamente de um tigre, o sujeito poderia, seguramente, afirmar que se trata de tal animal. Todavia, a grande maioria das pessoas desconhece tal critério, até mesmo por ser muito técnico e somente estar disponível a um número bem restrito de cientistas. Desse modo, essas pessoas poderiam utilizar outro critério (mais geral) para definir um tigre: poderiam dizer que um tigre “é uma fera muito grande, perigosa e listrada que pode ser encontrada tanto em zoológicos quanto na selva” (DWORKIN, 2010, p.16-17). Mesmo ao lado dos cientistas que conhecem o critério biológico do DNA, essas pessoas seriam capazes de afirmar quantos tigres haveria em uma jaula. O critério científico apenas parece afirmar que se “descobriu uma verdadeira essência” de algo (DWORKIN, 2010, p.17). Todavia, essa via empírica é absolutamente sem sentido e inaplicável aos conceitos oriundos das Ciências Humanas e Ciências Sociais aplicadas. No campo da literatura, por exemplo, o critério biológico é inútil para a interpretação do poema *The Tyger*, de William Blake.

21 Dworkin (1999, p.12) lembra que, no senso comum existente na sociedade, os repertórios de legislação e de jurisprudência conteriam normas jurídicas e interpretações

cia seria exclusivamente aparente, pois seria uma discussão política travestida de discussão jurídica. Desse modo, seus defensores devem enfrentar duas questões: os juízes limitam-se a aplicar o Direito existente, deixando para os legisladores o trabalho de aperfeiçoamento; e, no curso de um processo, quando há ausência de decisão institucional passada, atribuem a possibilidade de criação de uma norma e sua aplicação retroativa.

Sofisticando um pouco mais a percepção do direito como uma questão de fato, Dworkin identificará um conjunto de teorias sob o título de teorias semânticas do direito. Segundo tais teorias, existem critérios para estabelecer o sentido da uma determinada palavra, o que é determinante para o estabelecimento da correção da proposição jurídica²². Logo, todo o debate do direito pode ser reduzido ao “uso” dos conceitos jurídicos, e, com isso, ignora-se todas as conquistas e avanços trazidos pelo giro linguístico operado pela filosofia da linguagem e pela hermenêutica.

A tradição do positivismo jurídico parece exatamente se inserir nesse grupo de teoria semânticas, já que, em todas as suas versões, parece trazer um núcleo comum, identificado por Dworkin. Para essas teorias: (1) o Direito é formado exclusivamente por um conjunto de regras, que podem ser diferenciadas das demais regras – por exemplo, as regras de natureza moral – por meio de um critério que, ironicamente, pode ser chamado de teste de pedigree da regra; (2) o conjunto de regras deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade, mas no caso de lacuna – isto é, quando se está diante de um caso difícil –, o magistrado fica autorizado a decidir com base discricionária, inclusive indo além do Direito na busca desse novo padrão de orientação; e (3) na ausência de regra jurídica válida, compreende-se que não há obrigação jurídica; logo, quando o magistrado, no exercício de sua discricionariedade, decide um caso difícil, ele não está fazendo valer um direito correspondente à matéria controversa; ele está, sim, criando normas jurídicas.

Mas o positivismo não é a única espécie de teoria semântica do Direito. Existem mais duas escolas bastante populares e que se apresentam como rivais capazes de abarcar cada questão que se possa trazer à presença de um juiz. Todavia, os acadêmicos partidários da tese do Direito como simples questão de fato reconhecem a possibilidade de lacuna, isto é, de inexistência de qualquer decisão institucional anterior – seja ela legislativa ou judicial. Nesse caso, a solução vem pela via do uso do discernimento do magistrado, que cria uma nova norma, preenchendo assim a lacuna, e aplica-a retroativamente ao caso pendente de decisão.

22 O Direito fará uso do que Dworkin (2010, p.17) chama de conceitos interpretativos, que estão ligados a uma determinada prática social que lhe dá sentido. Por exemplo, em uma peça de um jogo de xadrez, o conceito natural (estrutural) apenas explicitaria a sua forma, resistência, material etc.; mas nada disso é capaz de explicar o que é tal peça para o jogo e como ela se movimenta. Apenas o conceito compartilhado por todos aqueles que jogam o xadrez pode definir se estamos diante de um bispo ou de uma torre. (DWORKIN, 2010, p.19).

da primeira: (1) a escola do Direito Natural – entendendo aqui, sob tal título, diversos agrupamentos – sustenta que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas principalmente de ordem “moral” – termo entendido em amplitude de significado, haja vista, por exemplo, a existência de defensores de uma teoria jurídica apoiada por razões de natureza até mesmo religiosa. Uma versão radical identifica o Direito com a justiça, o que significa que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser considerada verdadeira. Contudo, versões menos radicais, por outro lado, afirmam que a Moral é, às vezes, relevante para a verdade das proposições jurídicas; (2) a escola do realismo jurídico, desenvolvida nos Estados Unidos no início do século XX, afirma que o Direito não existe – lembrando o Justice Holmes, resulta apenas daquilo que o juiz tomou em seu café da manhã – sendo apenas diferentes tipos de previsões.

Essas teorias estariam, portanto, presas a um agulhão semântico (DWORKIN, 1999, p. 55), que é insustentável em si mesmo. Por isso mesmo, Dworkin concluirá que a verdadeira divergência sobre o direito é de cunho teórico, e que, para compreendê-la, os participantes da prática jurídica, devem antes, ser capazes de assumir uma *atitude interpretativa*²³. Em tal situação, os participantes do debate são levados a pensar sobre as melhores interpretações²⁴ de uma prática ou de uma tradição, voltando-se para uma compreensão que é, em si, dinâmica e histórica.

No campo do direito, cabe, desde já, uma ressalva: há, na ideia de melhor interpretação do direito, uma dimensão de moralidade, o que, em Dworkin 23 Guest (2010, p.18) lembra que muitos irão criticar Dworkin justamente pela falta de um maior detalhamento acerca de sua abordagem, alegando que o autor carece de uma metodologia. Todavia, é esse mesmo o propósito do jurista norte-americano. Em momento algum, ele se prestará a cair na tentação de desenvolver algo do tipo, pois é ciente da crítica de Gadamer ao método. Ao invés disso, apostará em uma abordagem intuitiva e prática, mais concernente a uma mudança de postura que deve ser operada do que a um conjunto de regras que devem ser seguidas.

24 “Tudo está contido na ideia de ‘melhor’, e isso pode parecer a algumas pessoas como um convite à dúvida. Mas isso seria errado. Trata-se simplesmente do fato de que nós entendemos o que são interpretações ruins (‘Hamlet é uma peça sobre maneiras cortesês’, por exemplo, ou ‘A Quinta Sinfonia de Beethoven consiste de algumas notas boas e desprezíveis, mas não muito mais do que isso’), e que boas interpretações devem ser preferidas a interpretações desse tipo. Uma objeção comum é aquela segundo a qual algumas vezes nós devemos tentar colocar as coisas não sob sua melhor luz, mas sob uma luz pior, ou até mesmo sob a pior das luzes. Algumas vezes nós podemos pensar que a forma sensível de retratar algo é pintar o seu pior retrato possível. Mas não há nada na ideia da melhor interpretação da ascensão de Adolf Hitler, por exemplo, que nos obrigue a mostrá-lo como moralmente bom. Pintar o melhor retrato possível dele é compatível com mostrá-lo como o pior monstro possível. No sentido exigido de ‘melhor’, a melhor interpretação de Hitler não seria atingida pela supressão de fatos, ou por só enxergar os eventos a partir de seu ponto de vista, ou por restringir a interpretação apenas aos materiais históricos dos arquivos de seus funcionários” (GUEST, 2010, p.32, grifo no original).

(2011), significa exatamente o dever de tratar a todos com igual consideração e respeito. Além disso, a estratégia de Dworkin é levar em conta que a atividade interpretativa exige a assunção de uma perspectiva interna – o olhar do participante – das práticas jurídicas, afastando a ideia positivista de um observador neutro.

Aclarando melhor a ideia, Dworkin informará que a interpretação das práticas sociais mostra-se como algo complexo, que pode ser constituído de três posturas distintas. Na interpretação conversacional, os falantes buscam se entender uns com os outros e, para tanto, interpretam os sons ou sinais que eles produzem. Aqui, tem-se uma forma de interpretação intencional, voltada para a compreensão dos motivos e intenções do orador. Já na interpretação científica, tem-se a figura de um cientista que coleta dados e que, só em um segundo momento, os interpreta, sempre visando respostas para suas pesquisas. Trata-se de uma forma causal. Por último, na interpretação artística, tem-se a figura de críticos que interpretam obras de arte para, com isso, procurar justificar um determinado ponto de vista sobre o sentido, tema ou propósito dessa certa obra de arte. Trata-se, aqui, de uma interpretação construtiva, já que se liga mais a uma preocupação com o propósito do que com a causa de algo, demandando uma interação entre esse propósito e o objeto.

Esse esforço não é destinado à elaboração de um quadro rígido de separação, mas, na realidade, destaca o papel do intérprete em cada caso. Por isso, é que Dworkin afirma que a interpretação das práticas sociais é muito mais próxima da interpretação artística do que as demais²⁵; isso porque ambas interpretam algo criado pelas pessoas, assumindo que essa criação e o seu criador não se confundem, sendo, logo, figuras distintas. Há no interior dessa dinâmica, então, uma forma de interpretação criativa, que difere das propostas de autores da hermenêutica como Schleiermacher ou Dilthey, já que o intérprete não está em uma conversa com o autor da obra acerca de suas intenções. Diferentemente, na interpretação criativa, o foco está no propósito e não na causa: o propósito é do intérprete, não do autor, mas nada pode levar a considerar a interpretação criativa como algo que se move sem rumos, à deriva, ou de maneira irracional. A coerência narrativa, em um caso, ou normativa, em outro, marca a existência de parâmetros mínimos no processo interpretativo.

Com isso, Dworkin (1999, p. 85-86) destaca que, cada etapa da prática social interpretada, acaba por revelar uma concepção distinta da própria prática que representa o conceito. Deve-se, então, registrar aqui que, em momento algum, pode-se corroborar com a leitura que afirme que tal atitude interpretativa conduzirá à interpretação das práticas sociais e do direito a um campo de subjetivismo,

25 Há, na interpretação artística, a exigência de tratar o objeto (ou a prática) como o melhor possível; o que, todavia, não decorre da afirmação de que o intérprete pode fazer ou compreender o que bem quer, pois, lembrando o princípio gadameriano da história efetual, tem-se que “a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos” (DWORKIN, 1999, p.64).

dentro do qual qualquer proferimento é válido. Ao contrário, Dworkin afirma a possibilidade e a importância de uma resposta correta. Sendo assim, ele combate tanto o ceticismo interior quanto o ceticismo exterior²⁶.

A proposta de Dworkin investe na virtude da integridade – na forma de uma coerência de princípios; isto é: “Um juiz que visa à coerência de princípio se preocuparia, de fato, com os juízes de nossos exemplos, com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado”²⁷. A ideia de integridade é tão básica como a máxima de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento. Dworkin assume os seguintes pressupostos: (1) equanimidade (fairness), que levanta exigências por encontrar os procedimentos políticos que distribuam o poder político de maneira adequada; (2) justiça (justice), ligada às decisões que as instituições políticas devem tomar²⁸; e (3) devido processo legal adjetivo (procedure due process), que diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos²⁹.

A integridade se apresenta, então, sob a forma de um princípio dúplice, de modo que é possível falar em um princípio de integridade na legislação (legislative principle), que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mante-

26 *“Internal skepticism about morality is a first-order, substantive moral judgment. It appeals to more abstract judgments about morality in order to deny that certain more concrete or applied judgments are true. External skepticism, on the contrary, purports to rely entirely on second-order, external statements about morality”* (DWORKIN, 2011, p.31). Tradução livre: “O ceticismo interno sobre a moralidade é um julgamento moral substantivo e de primeira ordem. Ele apela para julgamentos mais abstratos sobre moralidade no sentido de negar que certos julgamentos mais concretos ou aplicados sobre modalidade são verdadeiros. O ceticismo externo, ao contrário, pretende confiar em afirmações de segunda ordem, externas sobre moralidade”.

27 E complementa: “o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como [integridade] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Isso é negado pelo convencionalismo: um juiz convencionalista não tem razões para reconhecer a coerência de princípio como uma virtude judicial, ou para examinar minuciosamente leis ambíguas ou precedentes inexatos para tentar alcançá-la” (DWORKIN, 1999, p.164).

28 “Se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável” (DWORKIN, 1999, p.200).

29 “[...] se o aceitarmos [o devido processo legal adjetivo] como virtude, queremos que os tribunais e as instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação” (DWORKIN, 1999, p.200-201).

nam coerente quanto aos princípios; e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (adjudicative principle), que irá pedir aos magistrados que vejam o Direito e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido³⁰. A sociedade que aceita a integridade como virtude político-jurídica, então, converte-se em um tipo especial de organização, que Dworkin designará como sendo uma comunidade de princípios.

A ideia, então, de uma integridade na legislação traz uma importante transformação sobre o que significa a atividade legiferante, já que se converte em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor. Por isso mesmo, é correto dizer que os direitos e os deveres dos membros dessa comunidade não irão se restringir às decisões particulares tomadas pelas instituições, sendo, logo, dependentes do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.

Sob o aspecto da atividade judicante, a ideia de uma integridade na jurisdição deve se comprometer com a adoção de uma interpretação criativa, isto é, assumir que o juiz de um caso concreto desempenha sua função com responsabilidade política, e que assume determinada teoria política que melhor justifique as práticas de sua comunidade. Tal raciocínio é exposto em dois momentos: em primeiro lugar, a partir da figura do juiz Hércules e, em seguida, com o recurso ao argumento do romance em cadeira.

O ponto de partida é o esquema de raciocínio desenvolvido pelo jurista norte-americano, mas até hoje muito criticado: o juiz Hércules, um magistrado ideal – o que, obviamente, significa que ele não existe na realidade e ninguém terá condições de imitá-lo completamente. Sua existência justifica-se apenas para que Dworkin exponha o que venha a ser a postura hermenêutica que se espera de um juiz real. O desafio posto para Hércules é reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário

30 “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer” (DWORKIN, 1999, p.274).

tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capaz de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a Constituição. É claro que Hércules não deve reproduzir todas as decisões, mas sim, filtrar, no curso da *história institucional*³¹, os erros e acertos, desenvolvendo, assim, uma teoria dos erros institucionais – o que, mais uma vez, destaca sua opção por uma teoria hermenêutica crítica. Essa teoria dos erros institucionais é dividida em duas partes: uma que mostra quais as consequências de se considerar um evento institucional como um erro e outra que limita o número de erros que podem ser excluídos. Essa primeira parte tem por base duas distinções: (1) de um lado, tem-se a autoridade de qualquer evento institucional – capacidade de produzir as consequências que se propõe – e, do outro, a força gravitacional do evento. A classificação de um evento como um erro se dá apenas questionando sua força gravitacional e inutilizando-a – sem, com isso, comprometer sua autoridade específica; e (2) a outra distinção é entre erros enraizados – os quais não perdem sua autoridade específica, não obstante não detenham mais sua força gravitacional – e erros passíveis de correção – cuja autoridade específica é acessória à força gravitacional. Assim, sua classificação garantirá autoridade às leis, mas não a sua força gravitacional. A segunda parte da teoria de erros compõe-se de uma justificação mais detalhada, na forma de um esquema de princípios, para o conjunto das leis e das decisões, já que sua teoria dos precedentes é construída a partir da equanimidade³². Duas máximas podem

31 “A história institucional da sociedade, nesta perspectiva, não age como um limite, ou um constrangimento à atividade jurisdicional. Ao contrário, ela atua como um ingrediente desta atividade [...]. Os direitos dos indivíduos são, ao mesmo tempo, frutos da história e da moralidade de uma determinada comunidade. Estes direitos dependem das práticas sociais e da justiça das suas instituições” (KOZICKI, 2000, p.184-185).

32 “A segunda parte de sua teoria dos erros deve demonstrar que ela é, não obstante isso, uma justificação mais forte do que qualquer alternativa que não reconheça erros, ou que reconheça um conjunto diferente de erros. Essa demonstração não pode ser uma dedução a partir de regras simples de construção teórica, mas, se Hércules tiver em mente a ligação que anteriormente estabeleceu entre precedente e [equanimidade] tal ligação indicará duas diretrizes para sua teoria. Em primeiro lugar, a [equanimidade] vincula-se à história institucional não apenas [como] história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro; em outras palavras, ela vincula-se a implicações futuras do precedente, e não às passadas. Se Hércules descobrir que alguma decisão anterior, seja uma lei ou uma decisão judicial, é presentemente muito criticada no ramo pertinente da profissão, tal fato, por si só, revela a vulnerabilidade daquela decisão. Em segundo lugar, Hércules deve lembrar-se de que o argumento de [equanimidade] que exige consistência não é o único argumento de [equanimidade] ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular. Se Hércules acreditar, deixando de lado qualquer argumento de consistência, que uma lei ou uma decisão específica é errônea por não ser equitativa no âmbito do conceito de [equanimidade] da própria comunidade, essa crença será suficiente para caracterizar tal decisão e torná-la vulnerável. Ele deve, por certo, aplicar as diretrizes sem perder de vista a estrutura vertical de sua justificação

ser extraídas dessa segunda parte: (1) caso Hércules possa demonstrar que um princípio que, no passado, serviu de justificação para decisões do legislativo e do judiciário hoje não dará origem a novas decisões por ele regidas; então, o argumento de equanimidade se mostra enfraquecido; e (2) se ele mostrar, através de um argumento de moralidade política, que o princípio é injusto, o argumento de equanimidade que o sustenta é inválido.

A construção da metáfora do juiz Hércules, entretanto, não encerra o trabalho de construção da teoria dworkiana, de modo que Dworkin continua a explicitar seu raciocínio, agora, fazendo uso de outra da metáfora: o romance em cadeia. Resumidamente, cada juiz, igual a um romancista de um grupo³³, é responsável pela redação de um capítulo de uma obra já iniciada. Nessa lógica, ele deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já fora escrito e, concomitantemente, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao empreendimento. Essa ideia deixa claro o compromisso com a integridade e sua dimensão de adequação (fit). E mais, a assunção por Dworkin de uma postura interpretativa construtiva (crítica), já explicita o fato de que a decisão de um caso produz um “acréscimo” em uma determinada tradição, não sendo apenas uma repetição da mesma. Logo, cada magistrado, assim como cada romancista, tem, ao mesmo tempo, a função de intérprete e de criador. Além disso, Dworkin levanta uma hipótese estética, segundo a qual a interpretação não visa a busca por uma descrição livre de valores, nem a descoberta da intenção do autor, mas tornar o que se interpreta o melhor possível (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007. p.91-117). No caso do direito, o magistrado não pode, portanto, descuidar-se do caso pendente de julgamento; deve tratar todos os casos que lhe são apresentados como um hard cases e comprometer-se em uma empreitada para solucioná-lo à luz da integridade do Direito³⁴. Isso impõe a ele a exigência de não levar em con-

geral, de modo que as decisões tomadas em um nível inferior sejam mais vulneráveis do que as que pertencem a um nível superior” (DWORKIN, 2002, p.191).

33 “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 1999, p.276).

34 “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como

sideração apenas a sua própria perspectiva, mas sim, fundamentar suas decisões naquilo que designará por moralidade política, que levanta as exigências de que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. A atividade jurisdicional, então, é sempre uma atividade que se processa a partir da compreensão, identificação e aplicação de princípios jurídicos. Estes, por sua vez, não nascem do nada, nem são criados pelo Judiciário; eles estão assentados nas práticas já fixadas pela comunidade e incorporados pela própria Constituição.

Essa atividade jurisdicional, então, tem que abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de um dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto. Ora, uma vez que Dworkin reconhece a existência de princípios que podem prover soluções para os litígios, ele nega uma das teses básicas do positivismo jurídico, que a existência de lacunas normativas que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente. Logo, a “função criativa” do judiciário para os casos difíceis, defendida pelos positivistas, é rechaçada por Dworkin.

3.2 - A NEGATIVA DA TESE DOS “DIREITOS NÃO-ENUMERADOS” PELA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS REFLEXOS DESSA DISCUSSÃO PARA A ADPF N. 132

Um desdobramento muito importante da teoria da integridade na tradição norte-americana diz respeito à negativa da afirmação corriqueira de que a Constituição traria “direitos não-enumerados” (DWORKIN, 2006). Na realidade, tal discussão é pertinente, pois pode servir não apenas para uma melhor compreensão do papel da Constituição, mas também para lançar luzes sobre julgamento da ADPF n. 132.

O ponto de partida está em como se deve compreender e interpretar a Declaração de Direitos. Após uma leitura do documento, pode-se perceber que algumas partes trazem normas bem concretas, como o caso da Terceira Emenda, que proíbe o aquartelamento de tropas em tempo de paz. Todavia, outros pontos transmitiram uma ideia de média abstração, como o caso da Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão, de imprensa e de religião. E, por fim, podem-se encontrar outros momentos nos quais o grau de abstração será máximo, como na Décima Quarta Emenda, que estabelece o direito de “igualdade” de proteção das leis, assegurando que nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de alguém serão tomadas sem o “devido processo legal”.

Para Dworkin, da leitura do documento constitucional, então, pode-se esparceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2005, p.238).

tabelecer um corpo de princípios que irão definir o ideal político: assegurar que o Estado tenha a obrigação de tratar a todos com a mesma consideração e respeito. Sob esse prisma, o conjunto de princípios pode ser considerado abrangente, já que, sem qualquer sobreposição, ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas dos cidadãos³⁵.

Tal situação, entretanto, aos olhos de muitos membros da comunidade jurídica norte-americana, pode representar um incremento de poderes para o Judiciário norte-americano, uma vez que este acaba tendo “a última palavra acerca da interpretação da Constituição” (DWORKIN, 2006, p. 117-118). Caberá, então, aos juízes a função de detalhar e declarar em concreto o que se poderá entender por igualdade de consideração, ou o que são efetivamente as liberdades básicas. Muitos irão se revoltar contra tal quadro, principalmente por medo de que juízes passem a impor suas próprias convicções – de modo que um magistrado mais liberal ou mais conservador produzirão decisões díspares.

Em oposição a tal quadro é que se levanta a estratégia revisionista, que simplesmente negará a estrutura abrangente e principiológica da Declaração de Direitos. Ao invés de verem nela uma “concepção geral de justiça”, preferem compreendê-la como uma “lista obsoleta das exigências particulares que um pequeno número de pessoas, há muito tempo, por acaso considerava importante” (DWORKIN, 2006, p. 119). Essa corrente, de fato, consegue ganhar adeptos e prestígio no interior da tradição jurídica norte-americana, acusando de “ativistas” aqueles que estão dispostos a sair das “quatro paredes” da Constituição³⁶. Como consequência, todas as proposições jurídicas desenvolvidas por tais correntes levam a cabo a tentativa de ancorar a interpretação a um determinado fato semântico tido como crucial – ou seja, se apegam a uma determinada propriedade da linguagem para identificar o “sentido” do texto a partir da intenção dos seus³⁷.

35 “Em nossa cultura, são essas as duas principais fontes de todas as afirmações de direitos individuais. Por isso, é estranho que uma pessoa que acredita que cidadãos livres e iguais deveriam ter a garantia de um determinado direito individual não pensa também que a própria Constituição já contém esse direito, a menos que a história constitucional o tenha rejeitado de forma decisiva” (DWORKIN, 2006, p.117). Mais à frente o autor prossegue: “Com efeito, é muito possível que, mesmo que a Primeira Emenda não existisse, os tribunais norte-americanos já tivessem há muito tempo deduzido as liberdades de expressão, imprensa e religião das garantias de liberdade básicas da Quinta e da Décima Quarta Emendas” (DWORKIN, 2006, p.117).

36 “Sob esse importante aspecto político, o gigantesco esforço de revisar e diminuir a amplitude da Declaração de Direito deu certo. Mas sob o aspecto substantivo, deu totalmente errado – não porque elaborou interpretações alternativas coerentes que não foram aceitas, mas porque não consegui elaborar absolutamente nenhuma interpretação alternativa coerente” (DWORKIN, 2006, p.119).

37 “Afirmam que os grandes artigos constitucionais não devem ser entendidos como declarações de exigências morais abstratas, como acontece quando são lidos de modo não-contextual, mas devem ser compreendidos num sentido diferente e muito menos amplo,

O juiz Robert Bork é um importante nome dessa corrente – batizada por Dworkin como “historicismo fraco”, que defende a inexistência de direitos não explicitamente previstos pelo texto constitucional. Por outro lado, outros juristas irão afirmar que tais “direitos não-enumerados” existem. Por tal designação, entendem um “conjunto determinado de direitos constitucionais reconhecidos ou controversos, como por exemplo, o direito de locomoção, o direito de associação, e o direito à privacidade, do qual decorre o direito ao aborto, se é que este direito existe” (DWORKIN, 2006, p. 122)³⁸. E daí esse grupo discute quais os limites para o Judiciário se posicionar sobre a sua aplicação.

Mas, para a tese do direito como integridade, na verdade, ambas as posições estão desprovidas de razão. Para explicar sua posição, Dworkin fará uso do seguinte exemplo: imagine que as normas e regulamentos de um aeroporto proíba que seus passageiros portem armas de fogo, facas e explosivos em suas bagagens de mão; pelo uso da interpretação, os funcionários desse aeroporto entendem que latas de gás lacrimogêneo também devem ser proibidas, pois acreditam que tais objetos podem, igualmente às armas de fogo, facas e explosivos, serem usadas para atos criminosos, como sequestro ou terrorismo. A questão fica agora em saber se, uma vez que o gás lacrimogêneo não estava na lista original, teriam os funcionários do aeroporto autoridade (legitimidade) para acrescentar uma “arma não-enumerada” à lista dada? Sob o ponto de vista meramente semântico, é certo que o gás lacrimogêneo não poder ser encaixado nas categorias arma de fogo, facas ou explosivos.

Ora, no campo jurídico, deve-se atentar para uma peculiaridade: a Declaração de Direitos e também a Constituição são compostas por princípios amplos e abstratos, mas que representam as dimensões de moralidade política que justificam um direito constitucional. Logo, o que está em foco aqui não é apenas uma questão de “referência”, mas de interpretação. Sob esses aspectos, pode-se refletir se a cláusula de igual proteção abrange mulheres contra discriminações sexuais injustificadas, ou se a Primeira Emenda garante um direito de protesto que autoriza a queima da bandeira norte-americana; ou ainda, se a igual proteção às liberdades básicas oferece às mulheres um direito de optar por fazer ou não um aborto. Na tradição norte-americana, os dois primeiros casos fazem referência ao que se considera ser “direitos enumerados”, pois seriam casos particulares de um direito mais geral, mas declarado pela Constituição, ainda que de forma abstrata. Já o terceiro, é um caso típico do que se chama de “direitos não-enumerados”, pois, no máximo, ele estaria implícito na Constituição. Dworkin (2006, p. 124), então, pretende demonstrar que, na realidade, os três exemplos são idênticos,

determinado pela suposta ‘intenção’ de um grupo presumido de ‘autores’” (DWORKIN, 2006, p.121).

38 DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 122.

pois todos se apoiam em argumentos interpretativos que não se prendem ao problema semântico:

Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “freedom of speech” se pode concluir diretamente que as pessoas têm ou não têm a liberdade de queimar a bandeira. Ninguém pensa que do simples sentido das palavras “igualdade de proteção” se pode concluir que as leis que excluem as mulheres de certas profissões são constitucionais ou inconstitucionais. Tenho que num caso como no outro, a conclusão não decorre do sentido das palavras, do contrário do que ocorre no exemplo dado antes: do sentido de “armas de fogo” se pode concluir diretamente que essas palavras se referem aos revólveres, mas não ao gás lacrimogêneo. Além disso, os três argumentos não diferem entre si quanto ao modo de interpretação. Nenhuma das três conclusões (supondo-se que sejam lógicas) decorre da esperança, crença ou intenção histórica de um “autor”, mas sim do fato de o princípio político que corrobora a conclusão ser o que melhor se enquadra na estrutura geral e na história do direito constitucional (DWORKIN, 2006, p. 125-126).

A tentativa de explicação dada por Richard Posner (1o problema vai pela via da “distância” que a interpretação pode nos levar do texto; ou seja, os dois primeiros casos estariam mais “próximos” do texto, enquanto o terceiro “se afasta” mais do texto da Constituição. Ora, não há como discordar de Dworkin quando diz que tal recurso argumentativo é falacioso³⁹.

Logo, a distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados” na realidade cai por terra, justamente porque não é possibilita compreender a importante distinção entre referência e interpretação. É por isso, que a adoção de uma interpretação construtiva, como demonstrado no tópico anterior, mostra-se importante para a superação de tal dicotomia. A integridade exigirá que o magistrado identifique o princípio que melhor justifique sua decisão, além de fundamentar sua decisão coerentemente nos precedentes e no arranjo constitucional.

O papel dos princípios, portanto, será o de afastar essa distinção entre direitos “enumerados” e “não-enumerados”, pois não reduzirá o seu sentido a questões puramente semânticas, pois se ligam a uma questão de interpretação. Isso permite separar uma questão de referência de um texto normativo de questões de interpretação. Dworkin (2006, p. 133-134) elucida que a controvérsia jurídica é natural e desejável para aqueles que abraçam a integridade do direito.

Em um debate, agora com Bork – um originalista –, Dworkin demons-
39 “É inconcebível que Posner queria dizer, por exemplo, que o direito ao aborto está mais distante da linguagem constitucional do que o direito de não sofrer discriminação sexual, no mesmo sentido em que ‘gás lacrimogêneo’ está mais distante do que ‘revólver’ do sentido de ‘arma de fogo’. ‘Revólver’ está mais próximo porque o revólver é arma de fogo: ‘arma de fogo’ se refere a revólver mas não se refere a gás lacrimogêneo. Porém, como nem o direito ao aborto nem o direito de não sofrer discriminação sexual decorrem do sentido textual das palavras, nenhum deles pode estar mais próximo ou mais distante do texto sob esse aspecto (DWORKIN, 2006, p.126-127, grifo do autor).

trará um exemplo de como procede um raciocínio a partir da integridade e da interpretação construtiva. Alerta-se que muitos dos juristas defensores da tese da mutação constitucional em sua versão a partir de Weimar poderiam enxergar aqui um caso de mutação constitucional. Todavia, afirmar isso é cair em erro, para a teoria dworkiana. O argumento de Dworkin destina-se a demonstrar a fragilidade da concepção originalista levada a cabo por Bork. Para tanto, a argumentação percorrerá dois caminhos, sendo que o primeiro conduz para a explicitação do modo com que Bork fundamenta sua tese, e o outro, para a desconstrução à luz da teoria da integridade nesse mesmo argumento.

A respeito do famoso caso *Brown vs. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954).), que, utilizando o dispositivo de igual proteção, declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, Dworkin (2006, p. 427) afirma:

O caso *Brown* tem tudo para embaraçar qualquer teoria que sublinhe a importância das intenções dos autores, pois não temos prova alguma de que um número significativo dos congressistas que propuseram a Décima Quarta emenda pensasse ou quisesse que ela tornasse ilegal a segregação racial nas escolas. Na verdade, temos provas fortíssimas do contrário disso. O redator do projeto de lei que precedeu a emenda disse ao Congresso que “os direitos civis não significavam que todas as crianças tenham de freqüentar a mesma escola”, e o mesmo Congresso deu continuidade à segregação racial nas escolas do Distrito de Colúmbia, que, na época, era administrado pelo congresso Nacional.

Mesmo assim, a Suprema Corte compreendeu que a Décima Quarta emenda proibia a prática da segregação. A decisão não foi poupada de críticas, mas, de certo modo, adquiriu uma aceitação que acabou por indicar que nenhuma das críticas feitas era contundente o suficiente para apresentar ameaça à decisão. Bork, inclusive, está dentro do rol de juristas que confirma a correção da decisão; para tanto, se apoia no argumento que a ideia de intenção original não significa uma consulta de um conjunto de opiniões dos autores, mas volta-se para a compreensão do próprio princípio geral que conduziu à decisão:

Uma vez que os juízes identifiquem o princípio proclamado pelos autores, devem impô-lo na qualidade de princípio e segundo o seu próprio juízo acerca das exigências desse princípio nos casos particulares, mesmo que para isso tenham de aplicá-lo não somente em circunstâncias que os autores desconheciam, como também de uma maneira que eles não teriam aprovado caso a tivessem conhecido (DWORKIN, 2006, p. 428).

Já que os autores da Décima Quarta Emenda não estavam expressamente afirmando a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas, Bork é obrigado a afirmar que se deve tomar por intenção original essa interpretação mais ampla, como se fosse uma decisão “fiel” à intenção deles⁴⁰. Até

40 “Num processo recentemente julgado pelo Tribunal Itinerante de Apelações do Distrito de Colúmbia, por exemplo, [Bork] acompanhou a maioria ao declarar que a Primeira

aqui, Dworkin concordará – ainda que temporariamente – com o raciocínio, principalmente porque, se pretendemos reduzir a Constituição àquilo que seus autores supostamente queriam, só nos resta assumir que as intenções devem ser identificadas como as mais amplas e abstratas convicções sobre princípios, e afastar opiniões rasas ou particulares. Acontece que, assumindo tal compreensão, Bork aumenta ainda mais a responsabilidade dos magistrados ao decidir um caso, pois não é apenas pelo uso da história que se conseguirá justificar o argumento da intenção original, falta ainda outro tipo de argumento. Isso porque as pessoas não expressam o que pensam estruturando em apenas duas categorias o que defendem; na realidade, fazem uso de uma camada de argumentos em diferentes níveis de generalidade. Voltando ao caso Brown, identificou-se que ele versa sobre um princípio em particular: o de igualdade. De um modo menos geral, esse princípio enuncia que “o Estado não pode fazer discriminação entre as raças” (DWORKIN, 2006, p. 430).

Entretanto, aos autores da Décima Quarta Emenda, poderia ser atribuído um princípio de generalidade e abstração ainda maior: “o princípio de que o Estado não deve exercer discriminação contra nenhuma minoria quando essa discriminação é um simples reflexo do preconceito” (DWORKIN, 2006, p. 430), já que o dispositivo da Décima Quarta Emenda não faz qualquer referência à raça, limitando-se a dizer que “o Estado não pode negar a ninguém a ‘mesma proteção’ das leis” (DWORKIN, 2006, p. 430). Se tomarmos o contexto de criação da Décima Quarta Emenda, logo após a Guerra Civil – que eclodiu a partir do problema escravocrata –, poderíamos ter uma conclusão, mas Dworkin (2006, p. 430) lembra que o próprio Lincoln afirmou que a guerra tinha como mote a ideia de que todos os homens foram criados iguais – “e é claro que ele incluía nessa designação também as mulheres”. Basicamente, pareceria absurdo supor que a única preocupação deles estava com o preconceito quanto à raça.

Logo, fica a questão: “por que os juízes não devem tentar definir e fazer valer esse princípio mais geral?”. (DWORKIN, 2006, p. 431). Ora, parece, então, claro que a Décima Quarta Emenda, na verdade, guarda um raciocínio mais amplo, que coloca como inconstitucional toda e qualquer forma de discriminação

emenda protegia certos colonistas de jornal contra uma acusação de calúnia e difamação lançada por um cientista político marxista, de quem se dissera que não era respeitado pelos colegas de profissão. Antonin Scalia, que era colega de Bork naquele tribunal e agora foi promovido por Regan à Suprema Corte, discordou e condenou Bork, bem como os outros juízes que compunham a maioria, por não serem fiéis à intenção dos autores da Primeira Emenda, que evidentemente não supunham estar modificando a lei da calúnia da maneira que a maioria supunha. Bork, em sua resposta, insistiu em que o juiz não tem responsabilidade para com as opiniões particulares e concretas que os autores poderiam ter acerca do âmbito do princípio que criaram quando aprovaram a Primeira emenda, mas sim para com o princípio considerado em si mesmo, o qual, a seu ver, determinava que a imprensa fosse objeto de uma proteção maior, contra as ações de calúnia, do que os autores poderiam ter previsto” (DWORKIN, 2006, p.428-429).

baseada no preconceito. E prossegue:

Aparentemente, os autores não pensavam que seu princípio chegasse até aí; não criam que as distinções entre os sexos fossem reflexo de um estereótipo ou preconceito. (afinal de contas, foi necessária uma outra emenda constitucional para que as mulheres pudessem votar.) Porém, uma vez definido de maneira mais abstrata o princípio que imputamos aos fundadores, temos de considerar que, na medida mesma em que tinha aquela opinião sobre as mulheres, *eles próprios não chegaram a captar toda a amplitude do princípio que formularam; foi o tempo que nos deu condições de corrigir esse erro, assim como corrigimos as opiniões deles acerca da segregação racial nas escolas.* Foi isso, com efeito, que a Suprema Corte fez (DWORKIN, 2006, p. 431, grifos nossos).

E como fica a questão da proteção aos homossexuais?

Para Bork, qualquer tentativa de estender a eles a mesma proteção significaria uma tentativa de alteração ilegítima e, por isso mesmo, de desrespeito à ordem constitucional. Mas se já foi possível até o momento identificar que há na Décima Quarta Emenda um princípio mais geral de proteção a qualquer minoria que esteja sendo discriminada por preconceito social, a exigência de integridade determina que o mesmo se faça com os homossexuais.

Novamente, dirá Dworkin, o tempo funciona aqui para nos fornecer um entendimento diferenciado sobre a situação e afastar qualquer tipo de superstições sobre o homossexualismo, de modo que legislações que antes criminalizavam os atos homossexuais podem ser vistas como expressão de puro preconceito.

Logo, pode-se tirar uma importante conclusão: o apelo a uma teoria da intenção original não serve para justificar uma decisão, de modo que se deve fazer outra escolha como postura teórica que conduza à integridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o anteriormente apresentado, após tecermos o pano de fundo do presente artigo mostrando um pouco dos elementos que formaram a trama do julgamento da ADPF n. 132, foi possível passarmos a desenvolver considerações acerca dos principais pontos do pensamento de Dworkin, foi possível retornar ao ponto de partida.

A resposta dada pelo jurista norte-americano assenta-se como melhor interpretação para a prática jurídica, uma vez que apresentou respeito a virtude da integridade. Isto é, demonstrou que, para ser fiel a nossa história institucional, bem como desenvolver a melhor interpretação (aquela que garanta a todos iguais liberdades subjetivas), não haveria como negar reconhecimento às uniões homoafetivas ao status de família. Como consequência, o dever público de respeito tem que vir sobre a forma da possibilidade de definições de uma união civil para todos os seus efeitos.

Mas ao agir desse modo, o STF legislou? A resposta a partir de Dworkin

tem que ser negativa. Para tanto, foi importante compreender o sentido de sua proposta de interpretação construtiva do direito, bem como de suas metáforas.

Com Dworkin, vimos que o argumento de defesa de uma intenção original do texto (ou do constituinte) é absurdo e débil tecnicamente. Igual situação as defesas de uma interpretação meramente gramatical da questão! A teoria hermenêutica, desde Gadamer, se sofisticou.

A defesa da teoria, então, ao se alicerçar sobre as premissas de que o Direito deve garantir iguais liberdades subjetivas a todos, bem como de que nenhuma restrição de direitos pode apoiar-se em argumentos de preconceito, fica evidenciado que a tomada de decisão no caso não teria outra solução (por isso mesmo, trata-se de uma resposta correta!) que não o reconhecimento de direitos às uniões homoafetivas.

Percebe-se, portanto, que a ideia de ser um reconhecimento já traz em si o fato de que tal previsão principiológica, ou melhor, tal norma garantidora de um direito fundamental, já se encontrava na cláusula geral do direito de igualdade (igual tratamento). Era apenas necessário desenvolver a narrativa institucional sobre tal direito. Para tanto, foi importante a noção de romance em cadeia trazida por Dworkin.

A teoria de Dworkin, portanto, pode se mostrar mais atraente que outras versões teóricas e contribuir para (re)pensar o direito brasileiro e, principalmente, o nosso modelo de atuação jurisdicional, não apenas pelo STF, mas por todos os juízos nacionais. Afinal, o ato de decidir não pode mais render-se a uma esfera de solipsismo, nem a expressões de consciências individuais. Antes disso, deve ser fruto de um empreendimento coletivo que conte com respeito e reconhecimento da sociedade, que a todo momento, como comunidade de intérpretes de nossas normas, deve ter a possibilidade de participação e argumentação.

REFERÊNCIAS

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Ronald Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura?** Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, 1. sem. 2007. p.91-117.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Harvard: Harvard University, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferon Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2002.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.273-274.

KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

Data de Submissão: 01/05/2016

Data de Aprovação: 06/06/2016