



(PÓS)POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

*Alexandre de Castro Coura**
*Bruno Taufner Zanotti***

Resumo

É comum, na doutrina brasileira, uma preocupação com o que foi decidido nos tribunais, ou seja, com o próprio mérito da sentença ou acórdão. As teorias subjacentes ao que foi decidido não são levadas em consideração pela grande maioria dos manuais de Direito no Brasil. É nesse contexto que se insere a proposta do presente artigo e o estudo busca responder ao seguinte problema: Existe incompatibilidade teórica na aplicação do Direito por alguns magistrados brasileiros em face das premissas de um Estado Democrático de Direito? A resposta passa, necessariamente, pelos seguintes questionamentos secundários: Quais os fundamentos teóricos utilizados por alguns magistrados brasileiros ao aplicarem o Direito? Qual o papel da doutrina, da jurisprudência e da hermenêutica nesse complexo romance? Enfim, a partir desse contexto, o que é o Direito? Após a utilização do método dedutivo, concluiu-se que o positivismo jurídico, mesmo em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se encontra enraizado no paradigma jurídico de alguns magistrados, motivo pelo qual se faz necessária a libertação dessa visão ultrapassada do que compõe o próprio conceito do Direito. Propôs-se, a partir de Dworkin, a utilização do Direito como integridade e o abandono de padrões extrajurídicos utilizados nos casos limítrofes. E mais, propôs-se a abertura do Direito a uma visão principiológica que se volta tanto para o passado quanto para o futuro, capaz de guardar coerência com o ordenamento jurídico vigente e mostrar o Direito sob uma melhor luz.

Palavras-chave

Positivismo jurídico. Convencionalismo. Direito como integridade. Estado Democrático de Direito.

* Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto (licenciado) da graduação em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do programa de pós-graduação em sentido estrito (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo.

** Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito Público da Associação Espírito Santense do Ministério Público. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

Abstract

It is common in the Brazilian doctrine, a concern with what was decided in the courts, in other words, a concern with the own merit of the judgment. The underlying theories of what was decided are not taken into account by most books of law in Brazil. In this context, the proposal of this article and the study seeks to answer the following problem: Is there a theoretical inconsistency in the application of law by some Brazilian judges based on the assumptions of a democratic state? The answer necessarily involves the following secondary questions: What are the theoretical bases used by some Brazilian judges to apply the law? What is the role of the doctrine, jurisprudence and hermeneutics in this complex novel? Anyway, in that context, what is the Law? After using the deductive method, we concluded that legal positivism, even in a democratic state, is still rooted in the legal paradigm of some judges, and that is the reason why this outdated vision of the concept of Law needs to be renewed. It was proposed from Dworkin the use of law as integrity and the abandonment of “not legal” standards used in the hard cases. Furthermore, it was proposed the opening of Law to the world of principles that turns to the past and to the future and is able to gain consistence with the current legal system and show the Law in a better light.

Keywords

Legal Positivism. Conventionalism. Law as integrity. Democratic State.

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno vive um tempo de conflitos teóricos, na medida em que muitos magistrados, em pleno Estado Democrático de Direito, não são capazes de verificar a evolução paradigmática do Direito. De fato, o paradigma constitui e limita o ser humano, e não são todos que possuem a capacidade de aceitar a sua natureza finita e precária.

É nesse contexto que o prólogo silencioso de cada veredicto deve ser estudado e analisado. A possibilidade de entender não o que está sendo julgado, mas as premissas teóricas que fundamentam o julgamento passa por uma análise do que constitui o próprio julgador e o seu entender do que é o Direito.

O presente artigo tem justamente esta proposta: Quais os fundamentos teóricos utilizados por alguns magistrados brasileiros ao aplicarem o Direito? Qual o papel da doutrina, da jurisprudência e da hermenêutica nesse complexo romance? Enfim, a partir desse contexto, o que é o Direito?

As respostas são complexas e demonstram um nítido confronto de paradigmas. *A priori* da retórica a ser exposta, cria-se um mito em torno da Teoria da “Doutrina nos Seguirá” (STRECK, 2012b). Com essa teoria e, basicamente, com essas palavras, alguns ministros dos Tribunais Superiores divulgam em inúmeros julgados a ideia de que são os legítimos — e os únicos — intérpretes constitucionais, qualificando a doutrina como uma mera repetidora dos julgados.

A partir desse contexto, serão analisadas as teorias subjacentes aos discursos de autoridade de alguns ministros de modo a se expor as esferas de pré-compreensões nas quais esses discursos estão inseridos para, em um segundo momento, confrontá-las com o pensamento de teóricos que mais bem representam a ideia de democracia constitucional presente em um Estado Democrático de Direito.

Assim, inicialmente, serão apresentados e expostos os pensamentos de alguns ministros dos Tribunais Superiores, bem como analisadas as teorias que fundamentam esses discursos. Em seguida, será examinada a (im)pertinência teórica com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito para, ao final, verificar a necessidade de uma efetiva evolução paradigmática do Direito.

2. A *PLENIPOTENCIARIEDADE* DA REGRA E O DISCURSO DE AUTORIDADE

O estudo de alguns julgados dos Tribunais Superiores e, em especial, dos votos dos magistrados que compõem esses tribunais, é capaz de desvelar visões paradigmáticas conflitantes que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos magistrados no Brasil, mas que nem sempre se mostram adequadas à noção de um complexo e plural Estado Democrático de Direito.

Essa afirmativa é decorrente da visão do Direito por alguns magistrados que, presos ao positivismo jurídico, utilizam critérios quase estritamente linguísticos para analisar questões jurídicas, de modo a qualificar o Direito como um instrumento histórico de legitimidade da própria instituição que o constitui.

De fato, numa certa ótica, alguns dispositivos das sentenças judiciais podem ser considerados interessantes — apesar do pressuposto teórico equívocado —, pois se analisa, nesse momento, o ponto de chegada e não o percurso feito. No entanto, não é porque um relógio parado acerta a hora duas vezes ao dia que ele não necessita de ser consertado. Decorre daí a importante tarefa de desvelar os paradigmas nos quais os magistrados estão inseridos.

O ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do MS 32.033, no qual os ministros debatiam a manutenção ou mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em um ponto do controle preventivo de constitucionalidade das normas, resignou-se com a postura dos seus pares que votavam contra a jurisprudência pacífica da corte de modo a afirmar que “havia ignorância em relação aos precedentes do Supremo sobre a matéria”, como se não fosse possível uma mudança do paradigma jurisprudencial para futuras decisões.

Observa-se, no caso narrado, uma nítida busca por uma proteção da jurisprudência, como se o julgado do Pretório Excelso, por si só, representasse o conteúdo da Constituição Federal. Essa visão teórica muito se aproxima do que Dworkin (2007, p. 141 e 142) qualifica como uma visão convencionalista do Direito. O conceito de Direito, a partir de tal prisma, institui que a força do precedente, por si só, incide no presente em razão da força das convenções do passado:

A força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado (a convenção) assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importam quais sejam suas divergências em moral e política (DWORKIN, 2007, p. 141).

Nessa mesma linha de pensamento, ao julgar a Reclamação nº 4.335, o ministro Gilmar Mendes sustentou a inaplicabilidade do art. 52, X, da Constituição Federal ao fundamento de que o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional construíram, desde 1988, uma jurisprudência e uma legislação no sentido de fortalecer o controle concentrado de constitucionalidade.

Ao apresentar um voto com inúmeros julgados e legislações para sustentar a sua tese, o ministro Gilmar Mendes tentou impor uma ideia convencionalista de que “[...] qualquer consenso alcançado pelos juristas sobre a legislação e o precedente deve ser visto como uma questão de convenção” (DWORKIN, 2007, p.164) e, portanto, como uma questão vinculante para os seus pares, mesmo que, na visão do ministro, levasse a inaplicabilidade de uma determinação constitucional relativa à atribuição dos Poderes da República.

O ministro Eros Grau, ainda na Reclamação nº 4.335, não só seguiu o voto do ministro Gilmar Mendes, como também menosprezou o trabalho dos cientistas do Direito (que se convencionou denominar doutrina), ao argumento de que o Direito é uma questão estritamente histórica, decorrente das legítimas decisões tomadas pelos legítimos intérpretes ao longo dos anos:

Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição. O discurso da doutrina [discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do Direito. Ele nos seguirá; não o contrário.

Vale citar, ainda, o voto do ministro Teori Albino Zavascki proferido no AI EREsp nº 64.4736:

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

Tem-se, seja no voto do ministro Eros Grau, seja no voto do ministro Gilmar Mendes, seja no voto do ministro Teori Albino Zavascki, a nítida divulgação de duas ideias basilares: a) de que a doutrina deve se curvar ao que foi decidido, ao simplório argumento de que os magistrados são os legítimos intérpretes; e b) de que os julgados dos Tribunais Superiores representam o próprio conteúdo legítimo da interpretação da Constituição Federal e das leis.

Trata-se da qualificação do Direito como uma questão de fato, visão essa que decorre do que uma instância de poder decidiu no passado, motivo pelo qual a proteção dessas decisões é vista como a própria legitimidade de decisão tomada no presente. Sobre esse contexto teórico, Dworkin (2007, p. 10) pontua que

O Direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. [...] Portanto, as questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais. [...] Em outras palavras, o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser (questões de moralidade e fidelidade, não de direito).

Por fim, há de se lembrar outra posição do ministro Eros Grau exarada no julgamento da ADI nº 4.219, na qual explicitamente se posiciona a favor de um positivismo jurídico kelseniano, por ser o magistrado o autêntico intérprete do texto escrito na Constituição Federal:

O direito é uma prudência, no âmbito da qual não se encontram respostas exatas, senão uma multiplicidade de respostas corretas. [...] A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição[...] Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivi-

ficamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos.

Após essa exposição, foi possível observar a existência de um forte positivismo na jurisprudência dos Tribunais Superiores. O positivismo, como coloca Dworkin (2007, p. 46), é uma teoria semântica do Direito, uma vez que o verdadeiro argumento sobre o Direito é empírico (baseado na experiência das convenções pretéritas) e não teórico.

O que se observa nas teorias subjacentes aos julgados analisados é um manifesto discurso de autoridade, fundamentado em um forte positivismo jurídico, seja ele kelseniano, seja ele convencionalista. A *plenipotenciariiedade* da regra se mostra como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente, de modo a fechar o Direito para a amplitude normativa dos princípios (STRECK, 2012a, p. 59). A regra, portanto, é fonte única de legitimidade e imprescindível para a correta aplicação do Direito.

Os casos difíceis, a partir de um viés positivista, são resolvidos com fundamento em um poder judicial discricionário. Ao utilizarem o poder discricionário, os juízes fazem uso de “[...] padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito” (DWORKIN, 2007, p. 145), tal como também ocorre no positivismo kelseniano (KELSEN, 1987, p.394), em especial pela possibilidade de o magistrado decidir fora da moldura ao simples argumento de que é o legítimo intérprete. Com isso, o juiz passa a ter responsabilidade legislativa, atuando como se um legislador fosse (DWORKIN, 2007, p. 158). Quando um juiz cria um novo direito, “[...] ele escolhe a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo” (DWORKIN, 2007, p. 147).

O positivismo kelseniano, agravado pelo giro decisionista, e o convencionalismo norte-americano diminuem o grau de segurança e coerência que se espera de um ordenamento jurídico. Nesse contexto, a decisão judicial passa a ser, como bem coloca Dworkin (2007, p. 187), “[...] apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã”.

Essas teorias, para utilizar o termo cunhado por Dworkin (2007, p. 55), consistem em verdadeiro “agulhão semântico” por acreditarem que o conceito de Direito está fixado em regras semânticas previamente compartilhadas. Assim, o termo “agulhão semântico” é uma crítica a essas teorias que se prendem a uma visão positivista do Direito, um verdadeiro ferrão capaz de envenenar aqueles que não são capazes de se inserirem numa visão paradigmática adequada à aplicação do Direito à luz do atual paradigma constitucional.

Os ministros acima mencionados caem na armadilha do “agulhão semântico” e são por ele envenenados. Com isso, os magistrados visualizam o

Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes, de modo a excluir o intérprete da norma e lhe outorgar o papel de investigador das decisões tomadas no passado.

O “agulhão semântico”, portanto, consiste em uma visão semântica do Direito. Ir além dessa limitação e reconhecer o caráter precário do ser humano é o desafio que se impõe àqueles que buscam uma visão plural e democrática do Direito. É nesse contexto que se impõe o seguinte questionamento: como é possível, então, retirar esse agulhão semântico?

3. O POSITIVISMO JURÍDICO VIVE EM PLENO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

A retirada do agulhão semântico não é um procedimento que ocorre sem dor, sem rupturas paradigmáticas teóricas. Faz-se necessário ir além da Teoria da “Doutrina nos Seguirá”. Essa evolução importa, necessariamente, no reconhecimento do caráter aberto, plural, democrático e principiológico do Direito. É por isso que o Direito entra em crise quando verifica a sua limitação e a sua incapacidade de regular todas as situações sociais postas, em especial na certeza de que a vida é mais rica do que a tentativa de fechar em um ordenamento jurídico todas as questões previamente estabelecidas.

É nesse contexto que a abertura principiológica do Direito se mostra como um caminho sem volta. Diferentemente do positivismo jurídico, que busca, nos casos limítrofes, um fundamento externo ao Direito, uma visão aberta e principiológica se torna o próprio fundamento jurídico desse “novo” sistema. Mesmo as regras supostamente claras possuem um viés principiológico, pois o caso concreto — único e irrepetível — pode trazer uma nova possibilidade para essa regra que não foi anteriormente imaginada (CARVALHO NETTO, 2003, p. 104):

Ainda quando uma lei pretenda esgotar a sua situação de aplicação, não há situação de aplicação no mundo que não seja única, que não requeira do aplicador imenso trabalho para que uma injustiça não seja cometida. O ordenamento é necessariamente complexo, porque, se existe o princípio da publicidade, há o da privacidade. E tenho que estar sempre muito preocupado com o oposto daquilo com que estou trabalhando, porque é assim que a situação poderá me dizer o que vou regulamentar, como vou proceder.

Nesse ponto, vale a pena analisar um famoso caso, de autoria de Immanuel Kant, por demonstrar os nítidos problemas decorrentes do agulhão semântico e por consolidar a ideia de que essa abertura principiológica do Direito é uma via de mão única (CARVALHO NETTO, 2003, p. 103). A filosofia kantiana é regida por imperativos categóricos e um deles institui que o cidadão age de tal modo que a máxima da sua ação deve se tornar uma lei universal.

Kant, professor de Königsberg, localizada na autoritária Prússia, foi interrompido durante uma aula por um aluno ativista que repentinamente entrou na sala ao argumento de que estava sendo perseguido pela Santa Aliança da monarquia conservadora. Em seguida, o aluno pediu que Kant lhe oferecesse proteção. A Prússia vivia uma situação crítica e a prisão do aluno poderia resultar na sua morte. Assim, Kant ofereceu ao aluno a mesa da sala onde lecionava, embaixo da qual ele poderia se esconder. Logo após, a aula de Kant foi mais uma vez interrompida pela polícia, que procedeu a diligências no local com a finalidade de localizar o fugitivo. Sem conseguir localizá-lo, os policiais, antes de irem embora, perguntaram a Kant se sabia onde o cidadão que eles procuravam estava. Kant, após refletir, respondeu que o aluno estava embaixo de sua mesa. Ao final, os policiais prenderam o aluno e o levaram embora.

O caso, sem dúvida, é emblemático.

Kant possivelmente verificou que “não mentir” era uma máxima universal e válida para todas as pessoas, razão pela qual deveria entregar o aluno à polícia. Dentro de um regramento jurídico fechado, a existência de regras conflitantes importa na exclusão de uma delas. Nesse contexto, se “não mentir” é considerada a resposta válida, outra não poderia ser a conclusão e a conduta de Immanuel Kant.

O exemplo mostra o problema de se acreditar em um ordenamento jurídico que se fecha aos princípios e à moral, como se o Direito positivado, por si só, fosse capaz de responder a todas as indagações dos irrepetíveis casos concretos. Ir além dessa limitação teórico-semântica é o desafio que se impõe àqueles que buscam uma visão plural e democrática do Direito. Agora, a partir do caso narrado, repete-se o questionamento anterior: como é possível, então, retirar esse “aguiilhão semântico”?

Dworkin (2007, p. 57), para responder ao questionamento, faz um paralelo com as regras de cortesia em determinada sociedade imaginária. Os membros dessa sociedade imaginária seguem um conjunto de regras. Uma delas exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres. Por um tempo, essa regra existe simplesmente por ser uma regra, sem qualquer tipo de questionamento, como se fosse algo imposto aos membros da sociedade.

Agora, supõe-se que os membros dessa sociedade imaginária desenvolvam uma complexa atividade interpretativa em face das regras de cortesia. A interpretação, para Dworkin, é um instrumento que ocorre pela aplicação de uma técnica que envolve três momentos: etapa pré-interpretativa, etapa interpretativa e etapa pós-interpretativa.

Numa etapa pré-interpretativa, identificam-se as regras e os padrões capazes de fornecer a experiência da prática (DWORKIN, 2007, p. 81). Em

outras palavras, trata-se da regra por si só, ou seja, exigir que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres.

Numa etapa interpretativa, busca-se uma justificativa geral para as regras e padrões identificados na etapa anterior, cabendo ao intérprete a difícil tarefa de agir como alguém que interpreta a prática sem inventar uma nova prática (DWORKIN, 2007, p. 81). No caso narrado, a justificativa geral para a regra de cortesia é o respeito que os camponeses possuem em face dos nobres, uma vez que esses compõem uma casta social mais elevada. Isso ocorre porque qualquer regra, qualquer pressuposto, deve ter um valor, um interesse ou um princípio, ou seja, alguma finalidade.

Numa etapa pós-interpretativa, o intérprete ajusta “[...] sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007, p. 81), ou seja, o intérprete analisa qual a prática social que realiza a sociedade da melhor forma daquele momento em diante. Verifica-se, argumentativamente, se a prática analisada realmente potencializa a justificativa geral de modo a analisá-la sob a melhor luz.

No caso narrado, na última etapa, os cidadãos podem concluir que a regra de cortesia não é exatamente o que se imaginou que fosse, de modo a se verificar que, em vez de demonstrar respeito, na verdade, se traduziria numa forma de os nobres imporem uma ideia de superioridade em face dos camponeses, de modo que os camponeses concluiriam pela abolição da prática narrada. Em outro sentido, é possível também que os camponeses concluam que a regra deva ser, na verdade, readequada dentro de um novo contexto social, de modo a ser dirigida, por exemplo, a pessoas idosas que serviram o País em eventual guerra.

Mesmo nos casos em que a regra de cortesia se mantenha — apesar de argumentativamente alterada —, ela não mais decorre simplesmente de uma ordem estática e previamente determinada; mas, sim, baseia-se numa postura proativa dos cidadãos em imporem a ela um significado que foi construído racionalmente com base em uma finalidade, valor ou princípio.

Retomando o caso acima narrado de Immanuel Kant, a regra supostamente universal de “não mentir” já não se mantém argumentativamente em face de outros princípios de igual envergadura. Em outras palavras, “não mentir” não serve à finalidade, valor ou princípio para o qual foi criado quando visto a partir do caso concreto, ocorrendo a inversão dos valores morais e principiológicos do sistema ao permitir a entrega do aluno à polícia.

Por isso, “não mentir” já não pode mais ser qualificado como uma regra fechada e absoluta, mas, sim, como um argumento ou princípio, motivo pelo qual Kant deveria considerar como princípios e argumentos igualmente válidos e universais “não delatar” e “não denunciar”, os quais, dentro de uma

valoração no caso citado, mostrar-se-iam como determinantes para Kant mudar o resultado do caso narrado e evitar a prisão do aluno pelo Estado da Prússia.

Tem-se, nos dois casos acima narrados, uma evolução paradigmática da interpretação que, num plano macro, também consiste na evolução do paradigma do Direito a uma ordem aberta, pluralista, complexa e democrática. Com isso, o “agulhão semântico” é retirado, o que não acontece sem a dor de uma ruptura paradigmática. É por isso que essa evolução não ocorre sem um aprendizado crítico e reflexivo do próprio ser humano ao reconhecer a exaustão do paradigma no qual está inserido para, somente então, ser capaz de se reinventar para o novo mundo intersubjetivo da linguagem que, acima de tudo, é autorreflexivo, criativo, contestador, construtivo e fraterno (DWORKIN, 2007, p. 492).

Mas nem todos são capazes de transpor essa hercúlea barreira teórica. A resistência à mudança é natural, mas também é um desafio imposto a todos. Requer estudo e, principalmente, o reconhecimento da necessidade de se abandonar o que até então era certo e natural, em especial por ser o paradigma constitutivo de nós mesmos. Essa autorreflexão é o que torna o ser humano possível de viver um novo horizonte de possibilidades, ao mesmo tempo em que também é limitado pelas sombras do novo paradigma. Toda nova luz, apesar de mudar o seu ângulo de incidência, projeta novas sombras.

A partir dessas reflexões, no atual paradigma constitucional, não existe um campo fértil e propício ao florescimento do positivismo jurídico. Pelo contrário, em pleno Estado Democrático de Direito, o positivismo jurídico pode ser qualificado como uma espécie de erva daninha, por nascer espontaneamente em local e momento inoportuno em razão da utilização de técnicas inapropriadas para a aplicação do Direito.

Pelo o que se verificou até o presente momento, a questão não gira em torno da existência do positivismo no Estado Democrático de Direito, até porque ele reaparece em razão das equivocadas premissas dos julgadores. Na verdade, essa visão do Direito não possui fundamento para se desenvolver em um campo de esferas de pré-compreensões distinto daquele para o qual foi projetado e a Teoria da “Doutrina nos Seguirá” deve, portanto, ser superada.

4. PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico, longe de se consistir em um método aberto e plural de aplicação do Direito, não consegue se sensibilizar para os anseios sociais e transforma a aplicação do Direito em uma tarefa mecânica. Isso

ocorre tanto no positivismo convencionalista como no kelseniano, com as devidas peculiaridades.

O positivismo que decorre do convencionalismo necessita de um consenso de convenção para a aplicação do Direito, desvirtuando o debate em torno de eventual consenso de convicção. Aceitar algo como verdadeiro por consenso de convenção significa aceitar algo porque todos aceitam como verdadeiro, sem que haja um consistente fundamento substantivo para tanto.

Esse é o problema do convencionalismo. Qualquer ataque substantivo à convenção fica deslocado e sem coerência, pois a base do convencionalismo não é uma base material (de conteúdo), mas de um consenso que se fundamenta na aceitação da maioria dos magistrados por um precedente. (DWORKIN, 2007, p. 166)

No convencionalismo, o fundamento da decisão decorre exclusivamente de um consenso de convenção e a força dessa convenção incide a partir dessa lógica. Contudo, como coloca Dworkin (2007, p. 169), nada precisa ser estabelecido como convenção para um sistema jurídico funcionar:

A atitude interpretativa necessita de paradigmas para funcionar efetivamente, mas estes não precisam ser questões de convenção. Será suficiente que o nível de acordo da convicção seja alto o bastante em qualquer momento dado, para permitir o debate sobre as práticas fundamentais como a legislação e o precedente.

A convenção é formada pela força dos precedentes judiciais e legislativos tomados no passado; em determinado momento, essa convenção se esgotará. E, assim, o convencionalismo fracassa porque as fontes convencionais do Direito não possuem uma resposta adequada para casos difíceis e os juízes buscam uma resposta fora do Direito por meio do seu poder discricionário (DWORKIN, 2007, p. 159).

Já no positivismo kelseniano, como expõe Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concedem ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estejam dentro da moldura proposta por Kelsen:

Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.

Esse modelo fechado e hierarquizado de regras, idealizado por Kelsen, não permite que o Direito seja impregnado pelos princípios. De um lado,

cabe aos cientistas do Direito lançar dentro da moldura as possíveis interpretações, e, do outro lado, cabe ao magistrado fixar a interpretação que mais entende adequada. A interpretação judicial, também chamada de interpretação autêntica, é uma escolha discricionária entre as interpretações possíveis.

Essa noção da hermenêutica positivista sofreu grande alteração com a edição de 1960 da Teoria Pura do Direito (COURA, 2009, p. 61-62). Kelsen (1987, p. 394) reconheceu a possibilidade de o juiz fundamentar seu julgado fora da moldura criada pelos cientistas do Direito, desde que tal decisão tivesse sido proferida por um órgão jurisdicional competente.

Tanto o positivismo kelseniano, como o convencionalismo americano fracassaram no exato momento em que deveriam ser mais fortes e coerentes: nos casos difíceis em que o “ordenamento jurídico” não apresenta, de forma evidente, uma resposta *a priori* para o caso concreto. Na mesma esteira, encontram-se as citadas decisões dos ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Albino Zavascki, ao partirem de um conceito que não mostra o Direito por sua melhor luz.

As regras de um ordenamento jurídico não abrangem todas as possíveis hipóteses de aplicação e, nos “casos difíceis”, incide uma forte arbitrariedade seletiva na interpretação para resolver o caso concreto, de modo a se qualificar essa decisão como um ato de vontade. A partir de um viés positivista, decidir importa em uma escolha, ou seja, na existência de um suposto poder judicante fundamentado no livre-arbítrio que se legitima no fato de a autoridade estar investida em um cargo.

É por isso que positivismo e arbitrariedade caminham de mãos dadas. O positivismo, com isso, recai em um perigoso decisionismo judicial e sepulta qualquer possibilidade de uma teoria que dê um passo além da relação sujeito-objeto.

A partir dessas — e outras — inúmeras críticas, Dworkin apresenta um novo conceito de Direito: o Direito como integridade. Para tanto, Dworkin (2007, p. 229) visualiza a comunidade a partir do ideal fraterno, de modo a buscar a legitimidade para o uso da força pelo Estado com base em fatores internos ao Direito, quais sejam, os princípios:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer regras que decorrem de princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas pode expandir-se e contrair-se organicamente.

Dworkin (2007, p. 204), então, propõe que a sociedade haja de modo que seja uma entidade distinta de seus cidadãos, ou seja, o autor fala de uma profunda personificação da sociedade, na qual o agir social não seja de um indivíduo, mas engajado de modo coletivo por todas as pessoas:

A integridade pressupõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem se engajar em convicções, ideais ou projetos.

Assim, a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres no ordenamento jurídico, a partir da ideia de que foram criados por um único autor, qual seja, a comunidade personificada. Busca-se expressar uma concepção coerente de justiça e equidade daquilo que compõe a história da sociedade e das instituições (DWORKIN, 2007, p. 271).

Pela evolução da interpretação vista acima, em especial com base nas três etapas interpretativas, Dworkin constrói a noção de Direito como integridade a partir do que o autor chama de “romance em cadeia”, a ser arquitetado pelo mítico juiz Hércules.

O romancista de Dworkin é, acima de tudo, preocupado não só com as regras e princípios atualmente presentes no ordenamento jurídico, mas também com a construção de uma complexa história da prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz:

O direito como integridade, portanto, começa no presente 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 e os objetivos práticos dos políticos que 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 (DWORKIN, 2007, p. 274).

O romancista não tem por finalidade reescrever o que cada integrante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário considerava essencial para a tomada de determinada decisão. Esses argumentos podem até ser considerados pelo romancista, mas ele não se prende em eventos isolados ou votos vencidos, uma vez que a história a ser contada não é de um indivíduo, mas da comunidade personificada.

Ademais, não se trata de um simples romance, mas de um romance em cadeia voltado para o futuro. Nesse momento, retoma-se de forma mais sensível e íntima o conceito de comunidade personificada para que esse romance seja sempre o melhor romance possível, isto é, um romance que traduza a ideia de que foi escrito por um único autor e não por diversas mãos, diferentes pensamentos e conflitantes pressupostos teóricos:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista 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, 2007, p. 276).

Para tanto, o romancista deve buscar a adequação do novo capítulo, no sentido de que deve haver uma continuidade com o capítulo anterior, devendo considerar todas as possíveis interpretações para que exista integridade com os prévios capítulos. O texto, portanto, deve fluir naturalmente enquanto se busca o curso da história capaz de reconstruir com coerência o ordenamento jurídico vigente.

Não obstante, pode o romancista abandonar essa complexa narrativa se considerar a tarefa impossível de ser cumprida? Sobre o tema, Dworkin (2007, p. 285) pondera que:

É possível que nenhuma interpretação sobreviva [...] você terminará, então, por abandonar o projeto, rejeitando sua tarefa por considerá-la impossível. Mas não pode saber de antemão que vai chegar a esse resultado cético. Primeiro, é preciso tentar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo.

Nesses casos, cabe ao romancista abandonar o projeto e reiniciar o romance a partir de outros pressupostos principiológicos igualmente presentes no ordenamento jurídico (DWORKIN, 2007, p. 278-285). Assim, o abandono dos pressupostos que consolidaram o romance inicial não significa o abandono de outro possível romance que tenha consistência substancial nas decisões legislativas e judiciais tomadas no passado. Em alguns casos, o romancista deve voltar ainda mais na história do Direito e das instituições. O abandono, portanto, não autoriza o magistrado a buscar e utilizar padrões extrajurídicos ao decidir um caso.

Para essa difícil tarefa de reconstruir o ordenamento jurídico e buscar no horizonte de possibilidades o Direito sob a melhor luz, Dworkin (2007, p. 287) cria a mítica figura do juiz Hércules, um “[...] juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”.

Alguns críticos pontuam que nenhum juiz deve confiar em suas convicções pessoais sobre equidade ou justiça como Hércules faz. Concluem que o juiz deve ser neutro. Ora, qualquer método interpretativo — e não só o de Hércules — estará impregnado de moral política e pelo paradigma no qual o julgador está inserido. A pretensa neutralidade tão desejada por Kelsen foi,

sem dúvida, um dos grandes problemas de sua obra, ao acreditar que o método, por si só, seria capaz de dar uma resposta (DWORKIN, 2007, p. 310).

É importante salientar que o fato de Hércules ser uma figura mitológica não torna o Direito como integridade mais difícil de ser aplicado ao caso concreto. Tanto é assim que Dworkin confirma que Hércules é um mito, mas que isso não é um real problema, pois qualquer juiz que adotasse os mesmos pressupostos de Hércules necessitaria, na verdade, de eficiência e capacidade de administrar com prudência. Ademais, os juízes, ao adotarem a integridade, decidirão de forma menos metódica que Hércules, que somente expõe o seu modo de pensar e busca ajudar os magistrados a entenderem a estrutura oculta de suas sentenças (DWORKIN, 2007, p. 316).

A estrutura oculta das sentenças de Hércules, portanto, é mais humana e menos metódica do que aparenta ser. O Direito como integridade vai além de uma mera atitude profissional do julgador ao ser visto como um modelo de conduta capaz de impregnar toda a extensão das decisões da pessoa do magistrado, mesmo em sua vida pessoal, por exigir uma postura contestadora, construtiva e fraterna da realidade. É nesse contexto que Dworkin conclui o seu livro afirmando que o Direito como integridade deve ser adotado como projeto “[...] para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2007, p. 492).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tempos difíceis do constitucionalismo moderno demonstram a necessidade de levar o Direito a sério. Se as instituições existem e inúmeras decisões já foram tomadas no passado, elas devem ser utilizadas como base para a decisão judicial. Não de forma cega, mas com a sensibilidade de que o Direito, além de argumentativo, também é voltado para o futuro.

Em breve síntese, ao propor o princípio da integridade, Dworkin entende que o magistrado não possui poder discricionário (conveniência e oportunidade ao decidir), mas poder vinculado, no sentido de que sua ação somente pode ter um resultado: o resultado que se mostre mais adequado ao caso concreto, construído a partir de um sistema aberto de regras e princípios, que tem como premissa a Constituição e os direitos fundamentais. Esse é o fundamento de legitimidade do magistrado, que deve ter a sensibilidade para perceber que nenhum dos seus atos é isolado no tempo, uma vez que deve analisar o passado e projetar a repercussão de cada ato no futuro.

Essa visão do Direito é decorrente do paradigma do Estado Democrático do Direito, motivo pelo qual a Teoria da “Doutrina nos Seguirá”, destacada por alguns magistrados, isola e enfraquece a consistência da atividade jurisdicional, diminuindo o grau de certeza e coerência que se espera do aplicador da norma. Faz-se necessário ir além.

Mas esse hercúleo passo requer do ser humano a capacidade de reconhecer a limitação da realidade na qual está inserido e a necessidade de buscar uma nova luz para iluminar as futuras decisões. A Modernidade é um projeto inacabado, que continuará a se desenvolver no futuro; por isso, o caminhar natural do constitucionalismo e do Direito, em especial pela sociedade plural e complexa na qual os magistrados estão inseridos, necessita de uma teoria que não se esgote na *plenipotenciabilidade* da regra, tão intrínseca ao positivismo jurídico.

Ao adequar o pressuposto teórico subjacente às decisões, conserta-se, assim, a engrenagem do relógio e o ponteiro passa a mostrar em todos os momentos a hora certa. Somente dentro do contexto apresentado é que as decisões deixam de ser uma mera escolha arbitrária do magistrado para ganhar coerência e integridade com o ordenamento jurídico vigente, uma vez que o Direito deve ser, acima de tudo, uma atitude fraterna e construtiva do futuro.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: UFMG, n° 8, p. 81-108, dez. 2003.

_____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.

COURA, Alexandre de Castro. Por uma jurisdição constitucionalmente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito — reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Homem de *et al.* **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002. 568 p.

GRAU, Eros. **Voto proferido na Reclamação nº 4.335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Voto proferido na ADI nº 4.219**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto proferido na Reclamação nº 4.335.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Debate no Mandado de Segurança nº 32.033.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-20/ministros-supremo-concluem-nao-podem-controlar-projetos-lei>>. Acesso em 10 jul. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. 639 p.

_____. **O passado, o presente e o futuro do STF em três atos.** 2012b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>>. Acesso em: 4 ago. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Voto proferido em sede de AI nos EREsp 644736.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jul. 2013.