



COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÕES JUDICIAIS

*Vera Karam de Chueiri**
*Joanna Maria de Araújo Sampaio***

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar como as teorias de Ronald Dworkin e Klaus Günther são complementares e oferecem uma boa fundamentação para as decisões judiciais na resolução de casos difíceis. “Boa” no sentido da sua coerência e integridade, o que, por sua vez, resignifica a própria atuação do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional. Ambos autores argumentam que a aplicação do direito não se restringe à subsunção de um fato concreto a uma norma geral e abstrata. O papel do juiz é também o de construir e reconstruir o direito, por meio da sua aplicação com base em princípios. Neste sentido, ambos autores diferenciam a decisão judicial da decisão legislativa (aplicação e legislação), bem como, o tipo de argumento que as fundamentam.

Palavras-chave

Princípios. Coerência. Integridade.

Abstract

This article aims at showing how Ronald Dworkin’s and Klaus Günther’s theories are complementary and offer a good grounding for legal decisions, especially in hard cases. “Good” in the sense of its coherence and integrity which, on its turn, resignifies the task of the Judiciary, especially, constitutional courts. Both authors claim that the application of law does not constraint itself in subsuming a fact to a general and abstract standard. Judge’s role is also to construct and reconstruct the law by means of its application based on principles. In this sense, both authors distinguish legal decision from political decision (application and legislation), as well as the kind of argument on which they are based.

Key-words

Principles. Coherence. Integrity.

* Professora dos programas de graduação e pós-graduação em direito da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

** Mestre em direito pela UFPR. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar como as teorias de Ronald Dworkin e Klaus Günther são complementares e oferecem uma boa fundamentação para as decisões judiciais na resolução de casos difíceis. “Boa” no sentido da sua coerência e integridade, o que, por sua vez, resignifica a própria atuação do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional.

Ambos autores pressupõem que a aplicação do direito não se restringe à subsunção de um fato concreto a uma norma geral e abstrata. O papel do juiz é também o de construir e reconstruir o direito, por meio da sua aplicação com base em princípios. Entretanto, a aplicação do direito requer um tipo distinto de discurso, segundo Günther, relativamente ao da sua a justificação.

É certo que essa preocupação é precedida pela seguinte questão: *de que forma os atores coordenam entre si os seus planos de ação nas situações concretas.*

“(…) Em um processo de aplicação de normas morais, jurídicas e sociais, enfim, as situações especiais não idênticas, como concepção preliminar muito ingênua, são claros sinais de que a autocompreensão de uma sociedade muda constantemente.”¹

Tal coordenação exige dos atores a sua anuência sobre as razões para agir, ou seja, ela exige um comprometimento, uma perspectiva interna e, assim, requer não apenas uma dimensão de validade, mas, também, de aplicação. *Vista de uma perspectiva interna, a aplicação de normas aparece, por sua vez, como um processo cognitivo em que as razões desempenham igualmente um papel importante, mas são diferentes daquelas que se podem alegar para a validade de uma norma* (GÜNTHER, 2004, p, 21) A indefinição estrutural de situações, em face da impossibilidade de conhecermos todos os seus aspectos e de termos tempo suficiente para tanto, a experiência de contingência à qual, nós, modernos, fomos confrontados requer que distingamos entre fundamentação e aplicação de normas (morais e jurídicas). Para tanto, Günther recorre à ética do discurso² (HABERMAS, 1995, 19-111) a qual *contém a formulação mais clara de um ética cognitivista, na qual a validade de normas morais depende da qualidade da fundamentação.* (GÜNTHER, 2004, p. 32)

Neste sentido, afirma Habermas que a coisa certa a fazer em dadas circunstâncias não pode ser decidida por um único ato de justificação, mas requer um processo de argumentação que consiste em duas etapas, a da justificação e a da aplicação das normas. (HABERMAS, 1995, p. 36)

¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação.** Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 20.

² A ética do discurso se funda na convicção de que a filosofia da consciência (Kant) tornou-se insuficiente para responder questões acerca das razões de agir, as quais exigem outro paradigma que é o da linguagem. A consciência e o pensamento são estruturados pela linguagem a qual, por sua vez, é intersubjetiva e determinada por processos públicos de interpretação. Habermas reconceitualiza as noções de autonomia e razão prática com o objetivo de reivindicar pretensões cognitivistas e universalistas da teoria moral de Kant dentro de uma moldura dialógica (CRONIN in HABERMAS, 1995, xiii)

Feito este brevíssimo excuro na ética do discurso retornamos a Günther e ao propósito deste artigo, qual seja, cotejar a sua teoria com a de Dworkin no sentido de que ambas se complementam e oferecem bons argumentos para a construção das decisões judiciais.

O argumento de aplicação das normas a que é dado, por exemplo o poder judiciário, pressupõe uma adequação e difere do argumento de justificação presente na elaboração das normas pelos poderes legislativo e executivo.

Entretanto, a aplicação do direito por parte do juiz deve ser fundamentada em argumentos de princípio – orientada para a garantia dos direitos individuais concretos no caso –, de maneira a não cair num ativismo tosco que ultrapasse as funções do judiciário e penetre o âmbito de atuação do legislativo e do executivo (os quais são legitimados democraticamente para tomar decisões baseadas no interesse coletivo). Dessa maneira, tanto Dworkin, quanto Günther colocam parâmetros nos quais o juiz deve se basear para fundamentar as suas decisões.

Tanto Dworkin quanto Günther referem-se à coerência como uma atributo essencial da fundamentação da decisão judicial. Dworkin, desde o *Taking Rights Seriously* até seu mais recente livro *Justice for Hedgehogs*, defende a idéia de que as decisões judiciais devam ser coerentes ao articularem determinada pretensão de direito com princípios e, assim, reconstruam o direito em cada caso, à sua melhor luz. Neste sentido é que decisões únicas e irrepetíveis (ao que poderíamos dizer, interna e externamente articuladas) compõem uma história, uma narrativa, como elos em uma corrente: *the chain of law*.

Enquanto Dworkin coloca a integridade no centro Günther, de maneira aproximada, enfatiza a coerência. Assim, as decisões judiciais devem corresponder a uma compreensão do direito, de maneira que com ele sejam coerentes ou íntegras. Ao juiz cabe proferir a melhor resposta de acordo com a integridade dos princípios (que são normas) compartilhados pela comunidade. Conforme Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 67)

“A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida (...), bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.”

Dessa maneira, iniciaremos com a exposição da teoria da argumentação de Günther, com a finalidade de demonstrar a distinção entre os argumentos de aplicação e os argumentos de justificação, e a seguir colocaremos a teoria da decisão judicial de Dworkin, com a finalidade de demonstrar a distinção entre os argumentos de princípio e os argumentos de política.

2. A DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTOS DE APLICAÇÃO E ARGUMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO NA TEORIA DE KLAUS GÜNTHER

I. A configuração do Princípio “U”

A teoria de Klaus Günther se baseia na idéia de que existem duas atividades distintas na concretização de uma norma. Uma se refere a um plano de validade da norma, no qual a norma é criada por meio de um discurso de justificação. A outra atividade é referente a um plano de aplicação da norma, no qual a norma é aplicada a um juízo particular por meio de um discurso de aplicação. Para rebater a tese de que as normas podem ser fundamentadas isoladamente, sem que sejam observadas as situações concretas de aplicação, Günther se baseia no princípio moral sugerido por Habermas para fundamentar sua ética do discurso, segundo o qual, as normas podem ser universalizadas (GÜNTHER, 2004, p. 35). Assim, demonstra que o princípio de universalização, chamado como princípio “U”, pressupõe situações de aplicação no momento de fundamentação das normas e que, por isso mesmo, fundamentar a validade de uma norma não pode prescindir das situações de sua aplicação. Grosso modo, a norma, para ser válida, deve ser elaborada “de modo que as respectivas conseqüências e os respectivos efeitos colaterais, que resultem do seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceitos por todos os envolvidos (...)” (GÜNTHER, 2004, p. 36; HABERMAS, 1999, p. 36-37)

Neste sentido, o princípio “U” “exige que se considerem as conseqüências e os efeitos colaterais de uma observância ou aplicação geral da norma carecedora de justificação” (GÜNTHER, 2004, p. 59). O princípio “U” possui dois significados principais: todos os destinatários da norma a ser justificada devem observá-la e ela deve ser aplicada em todas as situações. O primeiro significado é simples, o objetivo do princípio é verificar se a norma realmente favorece o interesse comum de todos, desta maneira, o rol de destinatários que irão observá-la não pode ser reduzido. A segunda é mais complexa, pois para entendê-la é necessário analisarmos o que se quer dizer com uma aplicação geral da norma em todas as situações. (GÜNTHER, 2004, p. 60)

Uma norma nunca é aplicável a apenas um conjunto de situações iguais, a norma pode ser aplicada a inúmeras situações diferentes. É, justamente, a diversidade de situações de aplicação que dá a primeira condição de aferir a validade de uma norma. Por conseguinte, a expressão, contida no princípio “U”, “conseqüências e efeitos colaterais da observância geral de uma norma”, não pode se referir a apenas algumas situações em que é possível aplicar a norma. Para que a norma seja válida, ela deve ser aceita por todos em todas as suas possíveis circunstâncias de aplicação. Ou seja, a universalização de normas não é, neste caso, igual à pretensão de uma generalidade indefinida das normas. Conforme Günther, citando Hare, (2004, p. 41) “sucintamente, generalidade é o oposto de especificidade, enquanto que universalidade é compatível com

especificidade, significando meramente a propriedade lógica de ser governada por um quantificador universal e de não conter constantes individuais.”

Entretanto, as conseqüências e efeitos da observância da norma, em todas as situações, importam para aferir a validade da norma, na medida em que afetam os interesses de cada indivíduo. Para evitar que os interesses individuais sejam prejudicados pelos interesses de uma maioria, todos os participantes devem se colocar no lugar dos demais e assim verificar a intensidade de todos os interesses afetados. Por isso, não é possível se pensar na aplicação do princípio “U” de maneira monológica, “mas apenas em discursos práticos nos quais cada participante tem o mesmo direito de expor as suas necessidades” (GÜNTHER, 2004, p. 63) Dessa maneira, “U” preserva a imparcialidade na consideração dos interesses dos participantes, sem a necessidade de uma restrição artificial do conhecimento sobre interesses próprios ou alheios.

Os interesses a serem levados em consideração no momento de fundamentação de uma norma, de acordo com esta análise que estamos fazendo do princípio “U”, devem ser não apenas os interesses atuais e gerais dos participantes. Todos devem saber quais serão os seus interesses em todas as possíveis situações de aplicação da norma a ser justificada.

Günther (2004, p. 65) propõe uma “versão forte” de “U” que se coadune com essa interpretação dos significados do princípio de universalização proposto pela Ética do Discurso: “Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.”

Sob essa interpretação forte de “U” o problema da aplicação de uma norma desapareceria, pois todos os participantes, no momento da justificação de uma norma, já teriam previsto todas as suas possibilidades de aplicação. Dessa maneira,

“a ponderação de uma norma diante de todas as outras aplicáveis em uma situação já seria antecipada pela aplicação de “U” àquela norma. Neste caso não teríamos apenas decidido que a norma é válida, ou seja, que ela pode ser aceita por todos os afetados como a representação do seu interesse comum, mas inclusive que essa norma é também a adequada em cada situação individual passível de sua aplicação.” (GÜNTHER, 2004, p. 64)

Entretanto, essa versão forte do princípio “U” – que objetiva garantir o princípio de imparcialidade na aplicação de uma norma em todas as suas situações – pretende que todas as situações de aplicação da norma sejam previsíveis, o que não parece razoável. Ou seja, nosso saber não consegue abranger todos os casos de aplicação de uma norma e assim fazer coincidir o juízo de validade da norma com o juízo de adequação. Por isso, Habermas teria sublinhado uma versão mais fraca do princípio “U” (GÜNTHER, 2004, 66), de maneira que deveriam ser consideradas apenas aquelas situações e efeitos colaterais

que resultarem de maneira previsível da observância geral da norma. Assim, o princípio “U” estaria condicionado a uma referência de conhecimento e tempo. Neste sentido, Habermas (1999, p. 36) afirma:

“the principle of universalization must be formulated in such a way that it does not impose impossible demands; it must relieve participants in argumentation of the burden of talking into account the multitude of completely unforeseeable future situations in justifying norms”.

Isto, pois, a noção de imparcialidade não se exaure no plano da justificação. Neste, o seu significado é apenas especificado relativamente a um reconhecimento universal e recíproco.

Essa deficiência cognitiva dos participantes não conseguirem prever todas as situações de aplicação não significa que a idéia de validade não possuiria mais sentido. A validade da norma possui sentido na medida em que este problema de conhecimento limitado não impede que os participantes tenham o direito de analisar as vantagens e desvantagens que podem ser previstas. Desta maneira, a norma justificada de acordo com o princípio “U” representa um interesse comum, no momento presente e de acordo com o conhecimento possível. A observância geral de “U” não se refere a todas as situações previsíveis, mas apenas àquelas situações possíveis de prever no tempo atual.

Assim, Günther sugere uma “versão mais fraca” do princípio de universalização, na qual se desiste da intenção de conhecer antecipadamente todas as situações nas quais uma norma seja aplicável: “Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente.” (GÜNTHER, 2004, p. 67)

Segundo essa versão mais fraca do princípio de universalidade, no âmbito da validade, não é lícito questionar sobre de que maneira uma norma será aplicada em determinada situação, apenas deve-se questionar as consequências que previsivelmente teriam um impacto sobre os nossos interesses caso a norma seja aplicada. Dessa forma, a validade apenas se refere à questão de se a norma encontra-se dentro dos nossos interesses comuns.

Já no âmbito da adequação, será analisada apenas uma situação de aplicação e não todas as hipóteses possíveis. A adequação irá restringir a versão forte de “U” a uma única situação, na qual serão examinadas todas as características.

Poderia argumentar-se que sob o ponto de vista da versão mais fraca de “U”, a idéia de imparcialidade também se enfraqueceria. Entretanto, ambos planos, de adequação e de validade, representam uma determinada idéia de imparcialidade. No plano da validade, a imparcialidade aparece no sentido universal-recíproco, segundo o qual se exige que as consequências e os efeitos previsivelmente resultantes da observância geral da norma sejam aceitos por todos. Já no plano da adequação, a imparcialidade complementa-se ao aparecer em seu sentido aplicativo, de maneira que em cada uma das situações de

aplicação sejam consideradas todas as características.

É certo que não é possível que todas as características sejam verificadas, mas essa indefinição estrutural pode ter seus problemas reduzidos por meio de fundamentações racionais e de aplicações realizadas com sensibilidade. Para Günther (2004, p. 73), essa indefinição estrutural apenas “assumirá proporções catastróficas se, cegos, insistirmos na validade de uma norma e, pela emotividade passional de decisões existenciais últimas, tirarmos do nosso foco o problema da sua adequação.

II. O ideal da norma perfeita: validade e aplicação

O ideal de norma perfeita, segundo uma ética do discurso que tenha como base a aderência ao princípio de universalização numa formulação forte, é aquele em que cada um e todos os indivíduos aprovelem a norma, em todas as suas possíveis situações de aplicação.

Para que ela seja válida, as condições ideais da argumentação devem estar presentes: todos os destinatários da norma devem participar livremente e em condições de igualdade. Dessa maneira, assegura-se a reciprocidade universal da validade da norma. Parte das condições ideais também exige que os participantes disponham de um saber ilimitado e de um tempo infinito. Este pressuposto requer que os participantes consigam prever todas as consequências e efeitos que o seguimento geral da norma irá trazer em todos os possíveis casos de aplicação.

Uma norma que conseguisse abranger todas essas condições ideais argumentativas, de fato seria uma norma perfeita, pois a adequação de sua aplicação seria englobada pela sua validade. Todas as situações de aplicação já teriam sido consideradas no momento do discurso de fundamentação. Assim, os participantes saberiam que não haveria nenhuma situação em que o seguimento da norma pudesse lesionar um interesse geral.

Entretanto esse ideal de norma perfeita é problemático. Inicialmente, ele é totalmente irrealista, pois é impossível que os participantes de um discurso possam dispor de saber ilimitado e de tempo infinito. Para Günther, ainda há outro problema no âmbito conceitual, pois parece ser questionável a vinculação entre fundamentação e validade.

Günther dá exemplo de uma colisão entre duas normas válidas (GÜNTHER, 1995, p. 280)³: “as promessas devem ser cumpridas e ajudar ao próximo, se ele se encontrar em uma situação de necessidade.” Em ocasiões especiais, estas normas podem entrar em conflito e não será possível cumprir as duas ao mesmo tempo, embora isso não signifique que uma delas seja considerada inválida.

Muito diferente seria o caso de haver uma norma que previsse que “sempre que te proporcione uma vantagem, é permitido não manter uma promessa.” Enquanto que no primeiro caso, ambas as normas eram generalizáveis e por

³ Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut, p. 280.

isso não poderiam ser consideradas inválidas, no segundo caso, apenas uma das duas normas que entram em conflito é generalizável. Isso significa que para a resolução do primeiro tipo de colisão, não é relevante uma argumentação sobre a validade de uma norma.

Aqui se pode discernir dois tipos de conflitos que Günther (1995, p. 279) chama de colisões internas e colisões externas. As colisões internas seriam aquelas do segundo tipo de conflitos, elas afetariam a validade de uma norma – seria possível identificar a norma aplicável independentemente das situações reais de aplicação. Diferentemente, as colisões externas só podem ser resolvidas em situações de aplicação.

Se limitarmos o conceito de validade à reciprocidade da consideração de interesses em circunstâncias iguais, o conceito já não mais implicará a adequação da aplicação de uma norma em quaisquer circunstâncias. As normas válidas só seriam aplicáveis *prima facie*, quando colocadas frente a uma situação de aplicação. Dessa maneira, as situações iguais devem se completar com uma descrição íntegra que considere também as circunstâncias variáveis em cada situação.

O discurso de justificação não é capaz de atender a essa demanda das variáveis situações de aplicação. Por isso, seria necessário um outro tipo de discurso que Günther chama de aplicação". Para os discursos de aplicação, as normas válidas constituem apenas razões *prima facie* para a justificação de enunciados normativos particulares. As razões só serão definitivas após passarem pela adequação por meio da consideração de todas as circunstâncias da situação.

Desta maneira, o ideal de norma perfeita é alcançado indiretamente. Apesar de, a princípio, não adotarmos uma versão forte do princípio "U" – pois não consideramos todas as hipóteses de aplicação no momento da fundamentação da norma \neg , o princípio "U" se torna forte ao anteciparmos, em cada situação de aplicação, todas as circunstâncias de um momento determinado.

Assim, nos momentos de colisão entre duas normas válidas generalizadas, não se trata de resolver o problema da validade das normas, mas sim de resolver o problema da adequação de uma norma aplicável *prima facie*. Os requisitos irrealis de saber ilimitado e tempo infinito para analisar todas as hipóteses de aplicação de uma norma são retirados do discurso de validade e retorna ao discurso de aplicação sob a forma real e possível da análise das circunstâncias de um momento determinado, com base em um saber limitado e um espaço de tempo limitado.

Considerar uma norma aplicável *prima facie* não significa que ela tem reduzida a sua normatividade. A reserva *prima facie* apenas significa que para uma justificação em um juízo particular, não basta que se afirme que é aplicável uma norma válida. Os participantes devem fundamentar a restrição ou suspensão de uma norma válida.

A aplicabilidade *prima facie* das normas válidas também não significa

que o discurso de validade seja um procedimento supérfluo e que as normas careçam de significado moral. Num discurso de validade, verificamos se uma norma é de nosso interesse comum, desta maneira, normas que entrem em conflito com o nosso interesse racional nem mesmo deveriam ser utilizadas como razão *prima facie* num discurso de aplicação. A superfluidade do discurso de validade significaria que não haveriam normas válidas a serem aplicadas de maneira geral ou *prima facie*, só haveriam normas *ad hoc*, válidas para apenas uma única situação. Assim, viveríamos numa sociedade em que não seria possível pressupor nenhuma norma válida com aplicação *prima facie*, a todo momento estaríamos sendo confrontados com situações novas para as quais não haveria nenhuma moral aplicável a princípio.

III. Coerência

Os discursos de aplicação pressupõem que as normas a serem utilizadas *prima facie* sejam consideradas válidas. Os participantes compartilham previamente um conjunto de razões tidas como válidas. O que ocorre é que nos discursos de aplicação, há uma mudança na perspectiva em que são analisadas as normas: não mais é questionada a validade da norma, agora analisa-se o conjunto da situação em que ela está inserida. Os participantes do discurso irão questionar a adequação da aplicação de uma norma que estaria, a princípio, apoiando um juízo particular.

Entretanto, para Günther (1995, p. 288), numa situação de aplicação, a visualização das normas que estão em colisão num juízo particular depende da escolha das características seletivas de nossa compreensão normativa. Para tanto, deve ser observado o princípio de consideração de todas as características de uma situação, inclusive a própria interpretação normativa. Entretanto, tendo em vista que as demais normas do sistema formam parte de nossa interpretação da situação a ser aplicada, sempre temos uma pré-compreensão das situações relevantes para a interpretação de uma norma. Para que não haja uma escolha arbitrária das características situacionais, a adequação de uma norma exige que a seletividade da interpretação seja justificada nos discursos de aplicação.

Uma interpretação coerente cumpriria o pressuposto da justificação da seletividade nos discursos de aplicação. Enquanto alguns autores como Alexy solucionam o problema da justificação por meio da ponderação entre os interesses relevantes, Günther afirma que apenas valores ou bens poderiam ser “medidos” por meio de uma ponderação e não normas e princípios. A interpretação coerente, por sua vez, forneceria como resultado de uma colisão de normas *prima facie*, a melhor teoria dos princípios aplicáveis. Essa teoria seria um esgotamento ótimo do sentido normativo dos princípios, levando em consideração todas as circunstâncias.

Günther pressupõe, contrafácticamente, que as normas válidas formam

um sistema coerente ideal que fornecerá sempre uma resposta correta. Os discursos de aplicação, são, desta maneira, um procedimento com o qual se pretende alcançar essa pretensão contrafáctica de um sistema coerente ideal. Entretanto, numa situação fática, não é possível alcançar esse sistema coerente de todas as normas.

Nas situações de aplicação, cada norma válida precisará ser complementada por todas as outras normas aplicáveis numa situação, por isso, em cada nova situação o significado de uma norma válida vai se alterar. A história está constantemente produzindo situações imprevisíveis, nas quais sempre será imposta uma interpretação diferente do conjunto de normas consideradas válidas.

Entretanto, o discurso de aplicação não é isento de parcialidade. Ao tentarmos resolver um conflito entre princípios que não formam um conjunto ordenado, somos influenciados por paradigmas provenientes do nosso arcabouço cultural e experiencial. Esses paradigmas, por serem fontes de preconceitos e valorações erradas da realidade, minam a aplicação das normas válidas de imparcialidade e unilateralidade.

Para impedir que esses paradigmas não nos leve a valorar erroneamente a situação, Günther afirma que eles devem ser constantemente criticáveis sob o duplo aspecto da idéia de imparcialidade: com respeito à validade das normas particulares e com respeito à relação de coerências entre as normas particulares. Assim, os paradigmas devem ser criticados se interferem na reciprocidade da consideração dos interesses (âmbito da validade) ou se a descrição da situação em que a norma é inserida não é compatível com a descrição completa da situação (âmbito da aplicação).

Assim, como Habermas e Günther, Dworkin parte e uma perspectiva kantiana renovada. Acertadamente afirmam Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011, p. 113): "(...) Dworkin, assim como Habermas e Günther, relê essa perspectiva kantiana das normas levando em consideração a dimensão de aplicação normativa-especialmente do direito- como distinta da tarefa de fundamentação." Arriscaríamos afirmar que o momento da aplicação e os sentidos que ela exige na construção dos argumentos que o direito deve fornecer (a decisão não é escolha do aplicador) é central na filosofia do direito de Dworkin.

3. A DISTINÇÃO ENTRE ARGUMENTOS DE POLÍTICA E ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

I. Teoria das decisões judiciais

Agora passamos a analisar a teoria de Ronald Dworkin em relação às decisões judiciais e em como elas, por sua natureza, necessitam de uma fundamentação diferenciada das decisões dos poderes legislativo e executivo.

Dworkin elabora uma teoria das decisões judiciais com o foco naqueles casos em que haja uma colisão entre princípios válidos, para os quais não haja uma resposta baseada na simples subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata, ou seja, para os chamados “casos difíceis” (DWORKIN, 2005, p. 10)⁴.

Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico, especialmente o de Hart, fornece nos casos difíceis. Para o positivismo jurídico, nos casos difíceis o juiz teria um “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Isso significa que o juiz poderia legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso.

Para o positivismo jurídico de Hart, existiriam áreas do direito nas quais o legislativo não conseguiria regular de maneira a esgotar as hipóteses da realidade. Isto, pois, na esteira do “segundo”, Wittgenstein, o das *Investigações Filosóficas*, Hart reconhece na linguagem do direito o sentido aberto das expressões, a gerar enunciados vagos ou ambíguos que em face da sua indeterminação só podem ser aplicados, discricionariamente, pelo juiz. Assim, em face da chamada textura aberta do direito, (HART, 1986, p. 148) no caso em que não há uma regra apropriada (pois vaga ou ambígua) o juiz deveria “criar o direito” e aplicá-lo retroativamente ao caso. Essa resposta do positivismo jurídico de Hart para a decisão judicial, especialmente em relação aos chamados casos difíceis, é questionada por Dworkin.

Para Dworkin, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis. Isso não significa que a teoria de Dworkin fornece um procedimento mecânico que demonstre quais sejam os direitos das partes nos casos difíceis, pois ele pressupõe que juízes irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos. Para tanto ele identifica outros *standards* que não se esgotam no sistema das regras jurídicas e que servem à decisão judicial: os princípios.

Neste sentido, Dworkin estabelece uma distinção fundamental entre regras e princípios e, em relação a estes *standards*, ele agrega e distingue as *policies*. A partir desta distinção ele não só reitera sua crítica ao positivismo de Hart como refuta teorias decisão judicial que colocam a aplicação à sombra da legislação.

Como regra, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. Como isso nem sempre é possível, os juízes, na perspectiva de Hart, devem então criar um novo direito - de maneira dissimulada ou explícita – como se fossem delegados do poder legislativo. A subordinação é profunda, pois os juízes devem criar leis da mesma natureza que levariam a instituição superior a criar, se estivesse agindo por iniciativa própria. Os juízes atuariam então como um segundo poder legislativo. Essa concepção não leva em consideração a distinção entre princípios, *policies* e regras.

Os princípios são normas cuja observação é uma exigência de justiça

⁴ Casos difíceis ou controversos seriam aqueles “casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”.

ou equidade ou alguma outra dimensão da moral e tem uma dimensão de peso ou importância que as regras não tem, na medida em que se aplicam ou não se aplicam. As *policies* são um tipo de norma que estabelece algum fim ou objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. Segundo Dworkin, essa distinção entre princípios, *policies* e regras é lógica e fundamental na construção dos argumentos da decisão. Neste sentido, os argumentos de política justificam uma decisão ao mostrar que esta protege algum objetivo coletivo da comunidade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita e garante um direito fundamental, seja de um indivíduo ou de um grupo.

A justificação de um programa legislativo, normalmente exige os dois tipos de argumento. Se os tribunais agissem como legisladores poderiam também justificar suas decisões de ambas maneiras. Já nas decisões de casos difíceis em que se demandam direitos, apesar de parecer que ambos argumentos seriam aceitáveis, Dworkin afirma que apenas os de princípio seriam adequados.⁵

Conforme Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 58)

“a diferenciação *interna* ao direito entre *direitos* e *políticas*, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos *argumentos de princípios*, que remetem aos *conteúdos* morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos. É o Legislativo, assim, a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, a serem incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada, dado o papel de *firewall* atribuído aos direitos fundamentais, com sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico”.

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas. A presença de conteúdos morais no direito não significa uma moralização do direito (CHUEIRI, 2006, p. 181). Significa, sim, que o direito não pode ser neutro tanto em relação à moral quanto em relação à política e, conforme afirma Habermas, não basta que seu procedimento de normatização seja legal para que ele se torne legítimo (HABERMAS, 2003, p. 257). O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade - segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

⁵ Dworkin cita o caso do *Spartan Steel*, no qual os empregados da *Martin & Co.* romperam um cabo elétrico de uma empresa que fornecia energia à *Spartan Steel* e o tribunal deveria decidir se o demandado, por uma atuação negligente, teria o dever indenizar o dano causados à demandante. Neste caso, uma questão de princípio seria se o tribunal chegasse a uma decisão perguntando se o demandante tinha direito a uma indenização e uma questão de política seria se o tribunal se perguntasse se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes daquela forma. (DWORKIN, 2010, p. 132).

Dworkin compromete a política com a moral na medida em que não acredita na existência de um contrato social original que deve nortear a atuação dos governantes. Para o autor, estes devem ter sua atuação política baseada em padrões éticos (GUEST, 1991, p.7) O dever de igual consideração que os governantes devem ter ao criar as leis e elaborarem políticas públicas não deriva de um acordo ou consenso social, mas de valores éticos. Os governantes possuem liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.(DWORKIN, 2005, p. XIV – XV)

Esse comprometimento da política com a moral gera uma conseqüente politização do judiciário no sentido de fazer cumprir os direitos dos quais os cidadãos são possuidores. Para Dworkin, os cidadãos possuem direitos que devem ser garantidos, independente do que os órgãos democráticos – não vitalícios e responsáveis por seus atos – acharem ser do interesse da sociedade. E ao poder judiciário é dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos. É neste sentido que ele age moral e politicamente.

A concepção de Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrada nos direitos dos cidadãos. De acordo com essa concepção, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individual ou coletivamente.

Essa imposição de direitos pelo judiciário não seria arbitrária, ilegítima ou anti-democrática. Ao contrário ela pertence à idéia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando garante direitos que de outra maneira não seriam garantidos, por exemplo, a indivíduos ou grupos socialmente vulneráveis.

A efetividade dos direitos morais apenas se inicia com a elaboração das regras pelo executivo e pelo legislativo, é a atuação do judiciário que irá efetivar os direitos morais nos casos concretos. As regras gerais e abstratas necessitam ser aplicadas ao caso concreto, por isso os trabalhos de aplicação e de criação de regras e de políticas públicas são complementares. Não obstante serem atuações complementares, deverão ser fundamentadas diferentemente.

Nesse sentido a teoria das decisões judiciais de Dworkin se complementa com a teoria da argumentação jurídica de Günther. É possível aproximar ambos autores no sentido das normas jurídicas possuem dois planos: um plano de validade e um plano de adequação, ou seja, um momento de criação das normas e um momento de aplicação das normas já pressupostas válidas, mas que ainda necessitam de concretização.

No plano de criação de normas (para o qual os poderes legislativo e executivo são competentes por serem democraticamente legitimados pela sociedade), a argumentação deve ser de justificação, para Günther, ou de política,

para Dworkin. Já no plano de concretização (para o qual o poder Judiciário é legitimado, de maneira a suprir a escassez de tempo e de conhecimento para a elaboração de uma norma ideal no plano anterior) os argumentos devem ser de aplicação, para Günther, ou de princípio para Dworkin.

Dessa maneira, a efetivação da norma não se extingue com a sua elaboração. A criação da norma é apenas o início do processo de efetivação da norma. Por razões de tempo limitado e conhecimento finito, no momento da sua criação, os participantes não conseguem prever todas as possíveis aplicações de uma norma, por isso é necessário que o judiciário, por meio de um discurso de aplicação, adéque a norma abstrata à situação em que ela está inserida.

O juiz é, então, parte de um processo de criação do Direito. Por isso ele não é mero reprodutor do direito criado pelo legislativo. A aplicação de uma norma é um trabalho de criação e recriação constante do direito.

Entretanto, tanto para Dworkin quanto para Günther, essa “originalidade” do judiciário não pode ser feita arbitrariamente. Deve haver uma racionalidade própria das decisões de aplicação do Direito.

Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada. Assim, ele condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas certas.

Em relação às políticas, esta doutrina é relativamente fraca, pois as políticas são agregativas na sua influência em decisões políticas. Já no caso dos argumentos de princípios, há a exigência de que o princípio utilizado seja compatível com as decisões anteriores e com decisões futuras hipotéticas.

Para dar uma idéia mais concreta de como funcionaria uma decisão de acordo com princípios, Dworkin dá o exemplo de uma decisão tomada com base num sistema de regras mais simples que o sistema jurídico: o jogo de xadrez (DWORKIN, 2010, p. 158).

Diversos tipos de instituições possuem direitos (institucionais). No xadrez os direitos institucionais são instituídos por regras constitutivas e reguladoras que caracterizam o jogo, sem que sejam necessárias considerações sobre a moralidade geral. Nesse sentido, o xadrez é uma instituição autônoma.

A legislação não é totalmente autônoma, pois existem regras constitutivas e reguladoras especiais, mas elas não são suficientes para determinar um direito institucional sem recorrer à moralidade política.

Mesmo no caso de instituições autônomas, como o xadrez, é possível haver casos difíceis em que seja necessária a interpretação de uma regra antes de aplicá-la. Por exemplo, um torneio de xadrez possui uma regra que impõe uma penalidade a um jogador que esteja irritando de maneira não razoável o outro durante a partida. Seria possível aplicar a penalidade a um jogador que

estivesse sorrindo de maneira contínua para seu adversário?

Neste caso, não se pode pensar que o árbitro seja livre para legislar discricionariamente. Entre uma decisão que protege a natureza do jogo, e outra que não, os participantes têm direito à primeira interpretação. A natureza do jogo é um “conceito contestado”, pois admite diferentes concepções, e o árbitro deve então construir a natureza do jogo. Isso porque, um jogador concorda não só com o conjunto das regras do jogo, mas com um empreendimento como um todo.

Dworkin então cria Hércules, um juiz com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, para examinar como poderiam ser desenvolvidas teorias sobre o que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, da mesma maneira que um árbitro construiria as características de um jogo.

Para responder a um caso difícil, Hércules deverá fazer uma série de perguntas. Dworkin dá o exemplo da validade de uma lei que assegura o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais em face de uma cláusula constitucional que determine que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião (DWORKIN, 2010, p.165).

Ele começa se perguntando por que a Constituição tem o direito de criar ou extinguir direitos. A sua resposta seria a de que a Constituição estabeleceria um sistema político geral que é justo o suficiente para que o aceitemos por razões de equidade.

Após, Hércules deve questionar-se qual o sistema principiológico estabelecido por esta Constituição, isto é, ele deve elaborar uma teoria constitucional. Ocorre que mais de uma teoria pode adequar-se à disposição específica a respeito da religião, então Hércules deve analisar qual das teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo.

Entretanto, essa teoria ainda será insuficientemente concreta para decidir certos casos, pode não conseguir excluir uma das várias concepções de liberdade religiosa. Então Hércules deverá decidir qual concepção de liberdade religiosa é a mais satisfatória da idéia geral de liberdade religiosa.

Os casos difíceis também podem envolver a aplicação de uma lei cujos termos são amplos o bastante para aplicá-la ou não em um determinado caso. Para tanto, Hércules teria que construir, não uma hipótese a respeito da intenção dos legisladores, mas uma teoria política que justifique melhor essa lei do que qualquer outra teoria.

A atuação de Hércules não é uma continuação da atividade do legislativo. A atividade legislativa é um evento contestado. Os termos de uma lei estipulam um limite de interpretação, pois o poder legislativo não tem o dever de se ajustar a uma concepção política em especial. Assim, é possível que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem que foi utilizada e não até um ponto indeterminado.

Os legisladores possuem pouca exigência quanto à coerência dos argumentos de política, nem uma necessidade de justificar sua atuação de acordo com a atuação de

outros legisladores, pois não existe uma exigência de equidade no atendimento de metas coletivas. O governo pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional.

De maneira diferente, o juiz dificilmente irá demonstrar independência em relação às demais decisões, ele normalmente irá buscar uma coerência entre a sua decisão e decisões anteriores. A força gravitacional do precedente se dá devido à equidade, em tratar os casos semelhantes da mesma maneira. O precedente não se limita pela forma lingüística que ele contém e sim à extensão dos seus argumentos de princípio – uma decisão anterior baseada num argumento de política não possui força gravitacional alguma.

Não basta que Hércules utilize um precedente análogo ao caso que seja embasado num argumento de princípio. Hércules deve descobrir um esquema de princípios que se ajustam não só ao precedente específico, mas a todas as outras decisões da sua jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Isso deve ocorrer, pois apesar do direito não ser uma teia íntegra de decisões, o demandante tem o direito a que um juiz o trate como se assim fosse.

A justificação deve abranger tanto a ordenação vertical (que nos Estados Unidos seria: a estrutura constitucional, as decisões da Suprema Corte, as leis e as decisões dos tribunais), quanto a horizontal (que significa que as decisões de um nível devem ser consistentes com as outras decisões no mesmo nível).

Isso não impede que as convicções intelectuais e filosóficas do juiz não apareçam, mas elas não devem ter nenhuma força independente na justificação.

Apesar do juiz ser Hércules, ele será incapaz de encontrar um conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. Hércules deve então ampliar sua teoria de maneira a incluir a idéia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco.

Assim, deve desenvolver uma teoria dos erros institucionais. A teoria deve fazer algumas distinções. Deve distinguir entre a autoridade específica de um evento e a sua força gravitacional, de maneira que o erro dirá respeito apenas à força gravitacional e não à sua autoridade específica. Também deve distinguir entre erros enraizados (aqueles cuja autoridade específica está tão estabelecida que sobrevive à perda da sua força gravitacional) e erros passíveis de correção (aqueles cuja autoridade depende da força gravitacional e assim não pode sobreviver à sua perda).

A lei considerada como erro perderá sua força gravitacional, mas não a sua autoridade específica, não podendo ser revogada. Já se uma decisão judicial for considerada como erro, ela perderá sua força gravitacional, apesar da doutrina estrita preservar a autoridade específica de tal decisão, ela se transformará, como afirma o juiz Frankfurter, em “destroços de um naufrágio jurídico” (DWORKIN, 2010, p. 190)

Desta maneira, a originalidade do juiz, não é ligada a um ativismo judicial sem limites. O juiz, em casos difíceis, pode e deve recriar o direito apenas

na medida em que se basear num argumento de princípio, de maneira que a sua decisão seja a mais coerente com todo o sistema normativo em o princípio deve ser aplicado. Isso porque, para Dworkin, o direito deve ser íntegro. Nesse sentido a idéia da coerência que vimos na teoria de Günther se aproxima da idéia de Dworkin de integridade, que veremos a seguir.

II. Integridade

Para compreender melhor a teoria da decisão de Dworkin se faz necessário analisar o significado da sua concepção de direito como integridade.

A integridade política de Dworkin se divide em dois princípios: o legislativo, que consiste na exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e o jurisdicional, que consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.

Para Dworkin a integridade pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade. Em outras palavras, ela vincula o privado e o público. As normas não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As normas devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais (DWORKIN, 2007, p. 230).

Dworkin relaciona a integridade com a fraternidade almejada pela revolução francesa. Ele afirma que o dever de respeitar as leis é proveniente de uma fraternidade social semelhante à de uma família ou grupo de amigos. Essa comunidade, regida pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

A comunidade de princípios é uma comunidade moralmente plural, ou seja, ela procura uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Ela adota um compromisso com os seus princípios e os manifesta na elaboração das políticas por meio da legislação e na sua aplicação pelo judiciário nas decisões judiciais.

A integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, significa que os juizes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a “comunidade personificada” (DWORKIN, 2007, p. 271-272). Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro.

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 por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

Para compreender a sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele o direito como integridade pode ser exemplificado por um romance em cadeia, no qual vários autores escrevem uma obra em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito por aqueles que lhes antecederam, quanto ao que será escrito pelos futuros romancistas. Portanto, ao continuar a “obra” do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isso Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado, mas se não se perceber os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos não desejados.

Mesmo admitindo que tal romance provavelmente ficará ruim, Dworkin afirma que, apesar de terem essa consciência, o dever dos autores é escrevê-lo da melhor maneira possível, devendo o romance possuir ao menos um mínimo de coerência. Isto é, deve atender a certos critérios estéticos que garantam essa coerência e o tornem o melhor exemplo do gênero.

Os juízes ao decidirem um caso com base em princípio, deverão fazê-lo de maneira que aquela decisão se articule com as decisões anteriores e sirva de parâmetro para outras futuras. Mas isso não quer dizer que os juízes devam se fechar nos precedentes: “O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam” (CHUEIRI, 1995, p. 130).

Pois bem, os juízes, nos casos difíceis, não irão decidir discricionariamente, da maneira que entenderem melhor. A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática. O juiz “deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir.” (DWORKIN, 2007, p. 308)

Por fim, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de decisão judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2007, p. 291).

4. CONCLUSÃO

Conforme foi abordado acima, as teoria de Klaus Günther e de Ronald Dworkin se complementam. Ao distinguir os discursos de justificação dos discursos de aplicação, Günther provê uma fundamentação da teoria de Dworkin das decisões judiciais.

Para Dworkin, uma decisão judicial deve sempre se fundamentar num argumento de princípio, e nunca num argumento de política para não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos. Apesar dos juízes não serem meros delegados do poder legislativo, a sua atuação não deve ir além dos limites de um órgão que não foi eleito pelo povo para atuar como seu representante. Sua atuação é contramajoritária e por isso deve agir dentro dos limites dos princípios estabelecidos pela comunidade de princípios.

Apesar da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política ser importante para delimitar o poder do judiciário no seu papel de garantidor dos direitos individuais e co-criador do direito, a função do judiciário se distingue das funções do legislativo e do executivo por um motivo ainda mais profundo. A atividade do judiciário possui uma racionalidade prática diferente da atividade dos órgãos eleitos majoritariamente. Nesta oportunidade, a teoria da argumentação de Klaus Günther complementa a teoria de Dworkin, pois demonstra que há uma diferença estrutural entre ambas atividades.

Para Günther, os discursos de aplicação são distintos dos discursos de justificação. No plano da validade de uma norma, a norma é justificada de acordo com os interesses gerais dos destinatários da norma. Nesse plano não é possível verificar todas as situações em que a norma a ser justificada será aplicada, por isso, é necessária a existência de um plano de adequação, que irá aplicar as normas de maneira coerente. A racionalidade na aplicação se difere da justificação, pois enquanto nesta são analisadas apenas as situações previsíveis de acordo com os interesses comuns, naquela é analisada uma determinada situação com todas as suas características de maneira coerente com o sistema.

Enquanto Günther explora a coerência das decisões de aplicação, de maneira similar, Dworkin explora a sua integridade. Para ambos, as decisões de aplicação devem se fundamentar na coerência ou na integridade do ordenamento jurídico, de maneira que o juiz deve alcançar a melhor decisão para uma determinada situação. A melhor decisão será aquela orientada por princípios e nunca por políticas, respeitando, assim, a racionalidade de uma decisão de aplicação.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CARVALHO, Jaqueline Grossi Fernandes. Entrevista com Menelick de Carvalho Netto. **Revista do Tribunal de Contas – MG**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas/MG, v. 65, n. 4, out/dez. 2007.

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

_____. A dimensão jurídico – ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

_____. A Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n. 6, 2008.

_____, Vera Karam de. **Before the law: philosophy and literature**. Michigan: Proquest, UMI, 2006.

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

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Stanford: Stanford University Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

_____. **Um conceito normativo de coerência para uma teoria de la argumentación jurídica**. Paper ampliado e revisado de uma conferência pronunciada pelo autor no Simposio “The Legitimacy of Law”, celebrado em Murikka-Institut.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ªed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KOZICKI, KATYA. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: Leonel Severo Rocha (Org.). **Paradoxos da auto – observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

NETTO, Menelick de Carvalho, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Belo Horizonte: Forum, 2011.