



A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

José Emílio Medauar Ommati¹

RESUMO

O presente texto pretende mostrar de que modo a teoria do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, compreende a ideia positivista de completude do ordenamento jurídico. Assim, em um primeiro momento, mostrarei como o positivismo jurídico em geral compreende a ideia de completude do ordenamento jurídico, para, a seguir, reconstruir esse problema com base na teoria do direito como integridade.

PALAVRAS-CHAVE: Completude. Ordenamento Jurídico. Positivismo Jurídico. Teoria do Direito como Integridade.

THE COMPLETENESS OF THE LEGAL ORDER BASED ON THE LAW AS INTEGRITY

ABSTRACT

The present text intends to show how Law as Integrity, created by Ronald Dworkin, understands the positivist idea of completeness of legal system. So, in a first moment, I will show how legal positivism in general understands the idea of completeness of the legal system, to then reconstruct this problem based on the law as integrity.

KEYWORDS: Completeness. Legal System. Legal Positivism. Law as Integrity.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto pretende mostrar de que modo a teoria do Direito como integridade, proposta por Ronald Dworkin, compreende a ideia positivista de completude do ordenamento jurídico.

Assim, em um primeiro momento, mostrarei como o positivismo jurídico em geral compreende a ideia de completude do ordenamento jurídico, para, a seguir, reconstruir esse problema com base na teoria do direito como integridade.

Com isso, pretendo demonstrar que se o positivismo jurídico e a Teoria do Direito como Integridade chegam ao mesmo resultado quanto à ideia de completude do ordenamento jurídico, tais teorias assim o fazem com base em pressupostos teóricos muito diferentes, de modo que a perspectiva dworkiniana se torna mais rica e complexa ao apresentar o Direito à sua melhor luz.

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor do Curso de Graduação em Direito da PUC Minas – Campus Serro; Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna – MG.

2. A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO NA PERSPECTIVA POSITIVISTA

O positivismo jurídico tem sido atacado no Brasil já de há muito tempo. Contudo, muitos desses ataques decorrem da má leitura e má compreensão dos autores brasileiros em torno do positivismo jurídico.²

Na verdade, a compreensão positivista do Direito é uma das mais bem sucedidas em toda a história do Direito Moderno, já que nasce com a Escola da Exegese e, ao contrário do que divulgado no Brasil, tem se transformado e se atualizado ao longo do tempo, de modo que o mais correto seria denominar não de positivismo jurídico, mas sim positivismos. Portanto, ao contrário do que vulgarmente divulgado em nosso país, o positivismo jurídico não morreu.³

Assim, me parece que a grande crítica que se pode fazer ao positivismo jurídico se encontra na defesa que essa teoria jurídica faz da discricionariedade judicial e do caráter limitado do Direito. Para mim, adepto que sou da Teoria do Direito como Integridade, a discricionariedade judicial é o grande problema para uma democracia constitucional digna desse nome.⁴

O positivismo jurídico pode ser compreendido, apesar de suas profundas divergências internas, como uma teoria semântica do Direito, ou seja, uma teoria que compreende o Direito como uma questão de fato.⁵ É ainda uma teoria convencionalista do Direito, já que compreende o fenômeno jurídico como um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado, de modo que, se não houver uma regra do passado que estabeleça o que deve ser decidido no caso atual, o Magistrado teria discricionariedade, ou seja, liberdade para criar direito novo.⁶ É dessa perspectiva que surge o caráter limitado do Direito, na perspectiva positivista.

No entanto, o positivismo precisa compatibilizar esse caráter limitado do Direito e a discricionariedade judicial com a ideia, também defendida por autores positivistas, de completude do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, embora o ordenamento jurídico seja limitado, é possível torná-lo completo, por meio de mecanismos de integração do ordenamento jurídico. É dizer: através da interpretação e do próprio uso da discricionariedade na aplicação do Direito, o ordenamento jurídico poderia responder

² Sobre os ataques ao positivismo e as incompreensões quanto a essa importante teoria jurídica, vide: DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 8a edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019; DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito. 2a edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; TORRANO, Bruno. Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2a edição revista, modificada e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2019; TORRANO, Bruno e OMMATI, José Emílio Medauar. (Coordenadores). O Positivismo Jurídico no Século XXI. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria da Constituição. 8a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

³ Sobre a evolução do positivismo jurídico, vide: STRECK, Lenio. Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1a edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

⁴ Mostro os problemas da discricionariedade nas seguintes obras: OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria da Constituição. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais. 6a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. 4a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. Sobre o caráter limitado do Direito na perspectiva positivista, vide: TORRANO, Bruno. Do Fato à Legalidade: Introdução à Teoria Analítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

a todas as demandas colocadas ao Magistrado. São os conhecidos mecanismos de integração do ordenamento jurídico: a autointegração e a heterointegração.⁷

Para Norberto Bobbio, a possibilidade de o ordenamento jurídico se tornar completo e sem lacunas se dá pela utilização dos mecanismos da autointegração e da heterointegração. A autointegração é a utilização do próprio ordenamento jurídico para a colmatação das lacunas. Assim, se utiliza os instrumentos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Já a heterointegração é o mecanismo de preenchimento das lacunas em que o intérprete faz uso de normas de um ordenamento jurídico estrangeiro para preencher as lacunas de seu sistema jurídico. De acordo com Bobbio, esse instrumento encontra-se permitido na Suíça.⁸

Perceba-se que para o positivismo jurídico a possibilidade de tornar o ordenamento jurídico se dá através de um sistema fixo e rígido de regras, sempre abrindo espaço para a discricionariedade na aplicação do Direito. Outra será a perspectiva da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin.

3. A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A teoria do Direito como Integridade foi proposta por Ronald Dworkin ao longo de mais de trinta anos de debate com o positivismo jurídico de Herbert Hart. É bem verdade que Dworkin não se manifestou claramente sobre a ideia de completude do ordenamento jurídico, mas é possível mostrar como a teoria do Direito como Integridade compreende essa ideia de completude.

Ronald Dworkin se apresenta em termos filosóficos como um ouriço, ou seja, como um teórico que busca mostrar a possibilidade de compatibilizar os diversos valores em um todo coerente e consistente. Ainda nessa perspectiva filosófica, os valores seriam passíveis de serem conhecidos e mais seria possível falar da verdade ou falsidade de um valor.⁹

É a partir dessa perspectiva filosófica do autor norte-americano que se torna possível compreender melhor o debate que ele desenvolve com o positivismo jurídico de Hart.

Dworkin se colocará como um autor antipositivista ou não positivista, e não como um pós-positivismo, ao contrário do que se divulga no Brasil. Isso porque, de acordo com o autor norte-americano, o positivismo jurídico está completamente errado, de modo que não é possível aproveitar nenhum postulado positivista para se compreender adequadamente o direito.¹⁰

Ao contrário do que afirmam os positivistas, o Direito não se coloca como uma mera questão de fato. Na perspectiva da integridade, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo.¹¹

⁷ DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. Op.cit.; BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. São Paulo: Edipro, 2019.

⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Op.cit.

⁹ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; No mesmo sentido: PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Rio de Janeiro:

Mas, o que significa dizer que o Direito é um conceito eminentemente interpretativo?

De acordo com Dworkin, existem muitos tipos de conceito. Por exemplo, quando falamos de um tigre e para que possamos compreender o que é um tigre, passamos a descrever um objeto, no caso um animal, a partir de suas características físicas e biológicas. Esse conceito, que podemos denominar de conceito natural ou físico, pode englobar muitos objetos, do mundo físico e natural.¹²

Já quando entramos na discussão sobre o conceito de Direito, não é possível compreender esse objeto somente por meio de supostas características externas, como um conjunto convencional de regras, que, pela mera observação, seria possível descrever esse objeto e compreendê-lo adequadamente.¹³

Aqui, estamos com um objeto muito distinto que se encontra no domínio do valor, formado pelos domínios da Ética, da Moral, da Moralidade Política e do Direito.¹⁴ Para a compreensão do Direito, um dos compartimentos do valor, não basta apenas uma mera descrição dos seus elementos: é de fundamental importância estabelecer um propósito.¹⁵

Por isso que, muitas vezes, advogados, juízes, promotores e sociedade em geral concordam quanto à existência da norma jurídica, mas continuam a discordar sobre o que aquele texto normativo significa. Isso revela que o Direito não é apenas uma mera questão de fato, mas que se coloca como um conceito interpretativo, de modo que nossas divergências geralmente se colocam no nível teórico. Portanto, a compreensão do fenômeno jurídico passa necessariamente pela construção de uma teoria jurídica que, não apenas explique e descreva o Direito, mas que o justifique da melhor maneira possível, de modo a apresentá-lo à sua melhor luz.¹⁶

Daí porque Dworkin mostrará que todos os postulados positivistas estão equivocados, quais sejam: 1) O Direito é uma mera questão de fato; 2) O Direito é um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado; 3) O Direito é diferente e se encontra separado da Moral; 4) Em casos complexos, o juiz possuiria discricionariedade, podendo criar direito novo.

Em relação ao ponto 1, já discorreremos ao longo do presente texto. Pretendo agora mostrar os problemas relacionados aos pontos 2, 3 e 4, de modo a demonstrar como é possível perceber que, para a Teoria do Direito como Integridade, não é possível se falar em lacunas no ordenamento jurídico. Tratarei desses pontos de modo interligado, já que, como bom filósofo-ouriço, Dworkin interliga sua teoria em um todo coerente e consistente.

Lumen Juris, 2019; OMMATI, José Emílio Medauar. O Que é o Direito? In: OMMATI, José Emílio Medauar et.al.(Coordenadores). Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 27 a 49.

¹² DWORNIK, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹³ DWORNIK, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹⁴ DWORNIK, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

¹⁵ DWORNIK, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁶ DWORNIK, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit.

Dworkin mostrará que a suposta descrição do fenômeno jurídico feita pelos positivistas jurídicos, e fundamentalmente por Hart, não leva a sério o próprio desenvolvimento do Direito. Ora, muitos juízes, quando decidem seus casos, usam de padrões outros que não as regras e, mesmo assim, argumentam e agem de modo a demonstrar que não estão usando do poder discricionário, mas decidindo de acordo com o próprio Direito.¹⁷

São esses padrões jurídicos alternativos que Dworkin denominará de princípios. Assim, ao contrário do que pensam os positivistas, o Direito não é formado apenas por regras, mas também por princípios, que vinculam toda a comunidade e exigem que essa comunidade os aplique de modo consistente e coerente com o próprio desenvolvimento institucional do Direito dessa comunidade.¹⁸

Os princípios são argumentos que indicam como uma decisão deve ser tomada. Nesse sentido, se as regras implicam argumentos mais definitivos que indicam a direção a ser seguida, os princípios apenas são argumentos que devem ser sopesados, ponderados, refletidos, em face de argumentos contrapostos. Daí a ideia de que princípios devem ser ponderados, uma ponderação muito diferente daquela exigida por Robert Alexy.¹⁹

Os princípios, enquanto argumentos, podem veicular argumentos de princípio e argumentos de política. Os argumentos de princípio são aqueles relacionados à igualdade, liberdade, ao devido processo ou a outra dimensão da moralidade. Já os argumentos de política são aqueles que visam a melhorar o bem-estar da coletividade. Para o autor norte-americano, os juízes apenas podem decidir por meio de argumentos de princípio e não por argumentos de política, em nome da separação dos poderes e da própria ideia de democracia constitucional.²⁰

Ora, se o Direito é muito mais rico do que um conjunto convencional de regras estabelecidas por uma autoridade do passado, sendo formado também por princípios, então não há que se falar em discricionariedade na aplicação do Direito, pois, quando juízes aparentemente decidem sem base em regras, não necessariamente isso significa que eles estejam decidindo discricionariamente, mas podem estar usando esses outros padrões denominados de princípios.²¹

Perceba, caro leitor, que Dworkin não está afirmando que sempre que os juízes decidem sem base em regras, eles necessariamente estariam utilizando de princípios. É possível que juízes decidam discricionariamente e, portanto, violem a separação dos poderes e a própria democracia constitucional. A teoria de Dworkin, como toda boa teoria, é contrafática, apresentando um aspecto descritivo, mas também e fundamentalmente uma perspectiva prescritiva, ou seja, do que se deve fazer para que o Direito possa ser visto à sua melhor luz e possa realizar as ambições para si mesmo.²²

¹⁷ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁸ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. *O Império do Direito*. Op.cit.

¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom*. Op.cit.

²⁰ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.; DWORNIK, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²¹ DWORNIK, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op.cit.

²² DWORNIK, Ronald. *O Império do Direito*. Op.cit.

Daí porque Dworkin não cansa de mostrar a necessidade de o Direito ser levado a sério e da responsabilidade política dos juízes, que devem, no sentido de ter um dever, uma obrigação, estarem vinculados a essa prática social interpretativa que nós chamamos de Direito.²³

Se o Direito não é apenas regras, mas também princípios, que, inclusive apresentam uma forte conotação moral, como compreender adequadamente o fenômeno jurídico?

Dworkin proporá então que o Direito seja compreendido e interpretado como um romance em cadeia, já que, para o autor norte-americano, a interpretação jurídica é muito semelhante à interpretação de uma obra literária.²⁴ A essa proposta, o autor norte-americano denominará de Teoria do Direito como Integridade.

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a idéia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de pessoas livres e iguais.²⁵

Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada.²⁶ Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação.²⁷ Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito.²⁸ Como diz Dworkin:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-

²³ Não é por outro motivo que a primeira obra de Ronald Dworkin foi batizada por ele de Levando os Direitos a Sério, a demonstrar que os problemas jurídicos também estão vinculados a uma mudança de atitude por parte da comunidade em geral, e dos juízes, em particular. Daí porque a teoria dworkiniana está fortemente vinculada aos pressupostos hermenêuticos de um filósofo tal como Hans-Georg Gadamer. Sobre isso, vide: PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Op.cit.

²⁴ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit.

²⁵ É nesse sentido que Dworkin comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum. Assim: DWORKIN, Ronald. Liberalismo, Constitución y Democracia. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003; DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁶ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 121.

²⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004; OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. IN: CATTONI, Marcelo(Coordenação). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 151 a 168;

²⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit.; OMMATI, José Emílio Medauar. A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Op.cit.;

se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.²⁹

Em outras palavras:

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteados. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito.³⁰

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como integridade 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, isso 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 poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplore o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”.³¹

Nesse sentido, a ideia de integridade incorpora a história, aquilo que Gadamer denominou de tradição, mas não se confunde com o historicismo, ou com o tradicionalismo na visão de Gadamer, pois, de acordo com Dworkin:

Em certo sentido, o projeto que recomendo é histórico: será correto tratar a liberdade, a igualdade, a democracia como conceitos interpretativos somente se esses conceitos efetivamente funcionarem como tais, e a questão de saber se funcionam ou não tem uma dimensão histórica. Desse modo, a interpretação incorpora a história, mas a história não determina a interpretação.³²

Assim:

O fato de que, ao longo de toda a história moderna, muita gente supôs que a tributação infringe a liberdade ou que a democracia é o domínio absoluto da maioria não significa que uma interpretação que negue essas suposições seja falsa. Pode ser que essas suposições estivessem erradas, e penso que estavam. Talvez os filósofos que acreditam que o estudo desses conceitos deve ser

²⁹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Op.cit., p. 238.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 85.

³¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 274.

³² DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 535.

histórico tenham simplesmente pressuposto que os conceitos são criteriais. Nesse caso, a abordagem a-histórica é a deles, e não a que recomendo.³³

Voltando à integridade, como afirma Dworkin, no direito ela apresenta várias dimensões:

Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político[...]. Em segundo lugar, [...], a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.³⁴

Para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.³⁵

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada. Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas.

Nesse sentido, a busca pelas intenções psicológicas do legislador concreto não faz qualquer sentido na interpretação jurídica, como nos mostra Dworkin. Essa tese de que a interpretação deve buscar as intenções psicológicas fracassa como uma justificativa geral da interpretação.³⁶ Ela pode ser verdadeira para explicar a interpretação conversacional, aquela realizada entre duas pessoas em que uma busca compreender o que a

³³ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 536.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 15a edição, Petrópolis: Vozes, 2015.

³⁶ Embora a ideia de intenção original da legislação na interpretação jurídica seja um erro filosófico e jurídico, ainda há uma defesa muito séria dessa ideia em termos jurídico-filosóficos e em termos de prática jurídica. Assim, por exemplo, países como Canadá, África do Sul e os próprios Estados Unidos da América chegaram, por meio de suas Cortes Supremas ou, no caso da África do Sul, de sua Corte Constitucional, a adotar tal posição. Nesse sentido, vide: BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: Los Derechos Fundamentales y Sus Restricciones*. Lima: Palestra Editores, 2017, p. 391 e seguintes. Formato E-book. Defendendo jurídica e filosoficamente a ideia de busca da intenção original do legislador, com matizações, vide: SCALIA, Antonin. *Una Cuestión de Interpretación: Los Tribunales Federales y el Derecho*. Lima: Palestra Editores, 2015, formato E-book.

outra falou.³⁷ Em outros domínios, como o direito, por exemplo, a busca pelas intenções psicológicas do legislador não faz qualquer sentido. De acordo com Dworkin:

Os juristas de fato mencionam a “intenção da legislação” quando explicam como pensam que determinada lei deve ser interpretada. Mas, quando mencionam a intenção da lei, não podem estar se referindo ao que os legisladores tinham em mente enquanto votavam. Muitos legisladores nem sequer entendem as leis nas quais votam, e os que as entendem são tão movidos por suas motivações políticas – agradar aos eleitores, aos financiadores, aos líderes do partido – quanto pelos princípios ou programas políticos que os juristas podem enxergar nas leis por eles aprovadas.³⁸

Portanto, nos departamentos do valor – moral, política, direito, etc. – com a interpretação se busca realizar outra coisa: o valor que o gênero interpretativo proporciona e deve proporcionar. Como afirma Dworkin, a interpretação é um fenômeno social. Só podemos interpretar como interpretamos porque existem práticas ou tradições de interpretação às quais podemos nos unir. Só podemos falar sobre o significado de uma lei, um poema ou uma época porque outras pessoas fazem isso: elas compreendem o que pretendemos afirmar quando dizemos que a cláusula da igual proteção permite a ação afirmativa ou que Lady Macbeth já tinha, ou não, sido casada.³⁹

Essas práticas sociais são práticas de busca da verdade. Em cada caso, quando propomos uma interpretação de alguma coisa, nós declaramos, e os outros entendem o que estamos declarando, aquela que consideramos ser a verdade sobre determinado assunto. Não tratamos essas práticas interpretativas como exercícios sem finalidade: partimos do princípio de que algo de valor será promovido mediante a formação, a apresentação e a defesa de opiniões sobre o âmbito da cláusula de igual proteção ou o histórico sexual de Lady Macbeth. Na qualidade de intérpretes, aceitamos a responsabilidade de promover esse valor.⁴⁰

Como afirma Dworkin:

Portanto, assim como a moral é moral, a interpretação é interpretativa do início ao fim. Determinada interpretação alcança êxito – alcança a verdade do significado de um objeto – quando melhor realiza, para esse objeto, os objetivos adequadamente atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente. Analiticamente, portanto, pode-se entender que a interpretação envolve três estágios. Primeiro, interpretamos as práticas sociais quando individualizamos essas práticas: quando nos supomos envolvidos na interpretação jurídica, e não na interpretação literária, por exemplo. Interpretamos, em segundo lugar, quando atribuímos um conjunto de objetivos ao gênero ou subgênero que identificamos como pertinente; e interpretamos, em terceiro lugar, quando tentamos identificar a melhor realização desse conjunto de objetivos numa ocasião particular.⁴¹

No caso do Direito, a melhor interpretação da prática jurídica implica considerá-lo(o Direito) uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada

³⁷ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 196 a 197.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 197.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 198 a 199.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 199.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor*. Op.cit., p. 199 a 200.

caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz. Isso porque os praticantes dessa atividade(Direito) raciocinam e decidem não apenas com base em regras escritas, mas também com base em princípios, expressos e implícitos, pouco importa, e buscam sempre estabelecer nas diversas controvérsias nas quais se envolvem qual é a resposta correta, quem tem direito e quem não tem, o que o Direito exige em cada situação. É também a partir dessa ordem de ideias que se pode compreender porque se diz que existe um fundamento político do Direito: a busca pela realização das iguais liberdades de todos. Ao se interpretar o Direito a partir dessa perspectiva, a interpretação melhor realiza os objetivos adequadamente atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente.

Daí porque concordarmos com Dworkin na perspectiva de que o Direito deva ser visto como integridade.

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade não significa simplesmente coerência, enquanto decidir casos semelhantes da mesma maneira. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.⁴²

E que princípios seriam esses?

Dworkin ora os nomeia em três(justiza, equidade e devido processo)⁴³, ora em simplesmente em dois(igualdade e liberdade)⁴⁴, mas o certo é que, para o autor o Direito, através desses princípios, deve realizar um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade. Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, equidade(que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da equidade utiliza o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo entendeu *fairness* como equidade, uma possibilidade legítima, mas talvez não a melhor. Isso porque os brasileiros podem confundir a expressão utilizada por Dworkin com o uso corrente de equidade na doutrina jurídica nacional. Como se sabe, quando se diz, no Brasil, que o juiz pode decidir por equidade, significa que o juiz pode abandonar o ordenamento jurídico e construir a regra jurídica segundo o debate travado no processo, como se fosse o legislador naquele momento.

Nada mais distante da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. Aqui, a partir da perspectiva do autor norte-americano, a equidade significa uma distribuição igualitária de poder político. Nesse sentido, afirma o autor norte-americano que a equidade política é a ideia de que cada pessoa ou grupo da comunidade deve ter um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento ou Congresso, ou pelo legislativo estadual.⁴⁵ Portanto, na teoria do Direito como

⁴² DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 263 a 264.

⁴³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Op.cit., p. 36.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. Op.cit.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 216.

Integridade, a equidade (*fairness* em inglês) não está voltada para a jurisdição, mas para o processo político de tomada de decisões.⁴⁶

Essa leitura principiológica do Direito como Integridade é o que Dworkin denomina de leitura moral da Constituição. Todavia, ao contrário do que pensam alguns autores, tais como Ingeborg Maus⁴⁷, a leitura moral da Constituição de Dworkin não significa uma moralização do Direito.⁴⁸ Significa que o Direito é um compartimento da Moral, o que não quer dizer que toda norma jurídica para ser válida deva ter um fundo moral. Na verdade, quando Dworkin afirma que o Direito é um compartimento da Moral, ele quer dizer simplesmente que as normas fundamentais do Direito são normas morais que não perdem esse caráter por terem adentrado o Direito. Assim, é claro que existem normas jurídicas sem qualquer conteúdo moral.⁴⁹ Basta pensarmos nas regras de trânsito. Mas, as normas fundamentais da comunidade, tais como igualdade, liberdade, devido processo legal, presunção de inocência, e tantas outras apresentam conteúdo moral.⁵⁰

Quando se afirma que o Direito faz parte da Moral ou que não se pode mais separar o Direito da Moral não se está querendo defender que as decisões jurídicas devam se basear na moralidade pessoal de uma autoridade ou na moralidade de uma maioria. De acordo com Dworkin, o Direito faz parte da Moral Política da comunidade.⁵¹ E essa Moral Política da comunidade deve afirmar, por meio do Direito, o direito moral de todo e qualquer membro dessa comunidade política de ser tratado com igual respeito e consideração.⁵²

De acordo com Ronald Dworkin:

Nosso objetivo é o de integrar departamentos do valor que muitas vezes são considerados separados. É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política. A questão mais difícil é a de saber como distinguir esse conceito do restante da moral política – como esses dois conceitos interpretativos devem ser distinguidos de modo que um deles se evidencie como parte distinta do outro. Toda resposta plausível terá de se centrar no fenômeno da institucionalização.⁵³

Corretas, nesse sentido, as palavras de Ana Cláudia Bastos de Pinho:

Direito e Moral não podem ser separados, não porque toda norma jurídica tem um conteúdo valorativo, como diz Ferrajoli; mas porque a produção do Direito está, desde sempre, imersa na moralidade política, no conjunto de tradições que (con)formam determinada sociedade, não se podendo disso

⁴⁶ Nesse sentido, vide: DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Op.cit., p. 216.

⁴⁷ MAUS, Ingeborg. Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. IN: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p. 186.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit.; DWORKIN, Ronald. Justiça Con Toga. Op.cit.

⁴⁹ Em sentido contrário, Ronaldo Porto Macedo Júnior afirma, em uma construção interessante, que até mesmo as supostas normas convencionais do Direito teriam um fundo e um pressuposto moral na perspectiva da teoria da integridade. Não concordamos com o autor, pois tal compreensão não encontra respaldo no pensamento de Dworkin. Para mais informações, vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁰ Nesse sentido, vide: DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

⁵² DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit.

⁵³ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit., p. 620.

escapar. Dizendo de outro modo: a moralidade é condição de possibilidade do próprio Direito. E aqui não se está falando dessa moral simplista (pessoal/subjetiva), mas de uma moral social, de uma tradição compartilhada.⁵⁴

Mais uma vez, com a palavra Ronald Dworkin:

Os direitos políticos só podem ser distinguidos dos direitos morais pessoais numa comunidade que tenha desenvolvido alguma versão daquilo que Hart chamou de regras secundárias: regras que fundamentam a autoridade e a jurisdição legislativa, executiva e judiciária. Só será sensato distinguir os direitos jurídicos de outros direitos políticos se essa comunidade tiver pelo menos uma versão embrionária da separação de poderes descrita por Montesquieu.⁵⁵

Em outra obra, o autor norte-americano esclarece:

Segundo a leitura moral, esses dispositivos devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado.⁵⁶

Por isso:

Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos um moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras. (Em outro texto, eu disse que os juízes são como escritores que criam juntos um romance-em-cadeia no qual cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.)⁵⁷

Dessa forma, o cerne do Direito se encontra na busca dos melhores princípios morais que justifiquem a prática jurídica como um todo, como uma prática de toda uma comunidade que se vê formada por pessoas livres e iguais.⁵⁸

Com base na ideia de integridade, percebe-se que o Direito não se encontra parado no tempo, como pretende o positivismo jurídico e, assim, o problema da complexidade do ordenamento jurídico assume uma nova complexidade.

Assim, o ordenamento jurídico, a partir da teoria do Direito como Integridade se torna completo, na medida em que cada nova geração se apropria do que foi feito no passado, compreendendo, interpretando e aplicando o Direito a partir dessa história

⁵⁴ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53 a 54.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Op.cit., p. 620 a 621.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit., p. 10.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Op.cit., p. 15.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Op.cit.

institucional da comunidade, de modo que os erros sejam corrigidos e o Direito passe a cumprir sua função política de construir uma comunidade de pessoas livres e iguais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad: Los Derechos Fundamentales y Sus Restricciones**. Lima: Palestra Editores, 2017. Formato E-book.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito**. 2ª edição revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 204.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 15ª edição, Petrópolis: Vozes, 2015.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAUS, Ingeborg. Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na “Sociedade Órfã”**. IN: Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade**. IN: CATTONI, Marcelo(Coordenação). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151 a 168;

OMMATI, José Emílio Medauar. **O Que é o Direito?** In: OMMATI, José Emílio Medauar *et.al.*(Coordenadores). **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito. Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 4**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 27 a 49.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 8ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud e OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: Uma Análise das Teorias Jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo: Uma Proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALIA, Antonin. **Una Cuestión de Interpretación: Los Tribunales Federales y el Derecho.** Lima: Palestra Editores, 2015, formato E-book.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 1ª edição, Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TORRANO, Bruno. **Do Fato à Legalidade: Introdução à Teoria Analítica do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei: Entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo.** 2ª edição revista, modificada e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno e OMMATI, José Emílio Medauar. (Coordenadores). **O Positivismo Jurídico no Século XXI.** Coleção Teoria Crítica do Direito. Volume 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.