

DESCODIFICANDO RONALD DWORKIN

Marcio Souza da Silva¹

Resumo

O presente artigo objetiva descodificar o pensamento do jurista Dworkin, tendo em vista sua complexidade de entendimento, especialmente no que diz respeito aos princípios e regras do Direito, visto que, em seu texto, “*Levando os Direitos a Sério*”, 3.^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 – Cap. II (modelos e regras I), o autor propõe uma crítica ao positivismo jurídico, pois, para ele, a essência de uma teoria do direito não deve ser apenas normativa, ela deve ser, também, conceitual. Portanto, a ciência do direito não deve escorar-se, apenas, na teoria normativa, examinando as variedades de temas, tais como, a teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, ela deve escorar-se, ainda, na teoria conceitual, fazendo uso da filosofia da linguagem, da lógica, bem como da metafísica.

Abstract

This article aims to decode the thinking of the jurist Dworkin, in view of its complexity of understanding, especially with regard to the principles and rules of Law, since, in his text, “Taking Rights Seriously”, 3rd ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 – Chap. II (Models and Rules I), the author proposes a critique of legal positivism, because, for him, the essence of a theory of law must not only be normative, it must also be conceptual. Therefore, the science of law should not be supported only by normative theory, examining the variety of topics, such as the theory of legislation, judicial decision and law enforcement, it should also be supported by the conceptual theory, making use of the philosophy of language, logic, as well as metaphysics.

¹ Mestrando de Direito Processual Penal da PUCSP. Especialista em Penal e Processo Penal pela PUCSP. Membro Titular da Comissão Nacional Cristã de Direitos Humanos do FENASP.

1 - Biografia:

Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, 11 de dezembro de 1931) foi um filósofo, jurista e estudioso do direito constitucional. Estudou na Universidade Harvard e no Magdalen College da Universidade Oxford, onde ele era aluno de Rupert Cross e um Rhodes Scholar. Além disso, estudou na Harvard Law School e, posteriormente, atuou como assistente do renomado juiz Learned Hand da Corte de Apelo dos Estados Unidos.

Tamanho era seu brilhantismo, que o Juiz Hand, mais tarde, mencionou que Dworkin foi o melhor de seus estagiários. Dworkin, por sua vez, sempre lembrou de Hand como um mentor que muito influenciou sua trajetória.

Logo depois assistir o juiz Hand, Dworkin trabalhou no renomado escritório de advocacia Sullivan and Cromwell em Nova Iorque. Já na acadêmica, Dworkin trabalhou como professor de Direito da Universidade Yale, como titular da Cátedra de teoria do direito Wesley N. Hohfeld.

Em 1969, Dworkin foi indicado para a Cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford, como sucessor de H.L.A. Hart.

Depois de se aposentar de Oxford, Dworkin não só assumiu a cátedra Quain de Filosofia do direito na University College London, como também, a cadeira de Bentham de Teoria do Direito - posição que manteve até o final de sua vida.

Dworkin faleceu em 14 de fevereiro de 2013, em decorrência das complicações provocadas pela leucemia.

2 – MODELOS E REGRAS “I” 2.1. Introdução

Entre muitas obras produzidas por Dworkin, o modelo de regras “I”, sem dúvida alguma, é o texto mais lido e conhecido, tanto no mundo de língua inglesa, quanto no Brasil. O chamado modelo de regras “I” é um famoso capítulo onde o autor faz a distinção

entre modelos de regras e princípios, assim como caracteriza o positivismo como um modelo de regras que não consegue contemplar, adequadamente, os princípios, vez que sua concepção de discricionariedade não observa, com precisão, o papel que os princípios desempenham.

O autor, em sua exposição, aduz, que embora todos estejamos familiarizados com o conceito do direito como um fenômeno cotidiano, na prática, temos muitas dúvidas na hora de determiná-lo, ou seja, na hora de dizermos o que o direito realmente é.

Para o autor, isso é um motivo de perplexidade, notadamente porque, se por um lado conseguimos identificar na nossa vida cotidiana quais coisas são jurídicas e quais coisas não são, por outro, na hora de formularmos um conceito de direito, não apenas não temos juízo algum, como, de igual modo, formulamos uma ideia, que do ponto de vista do leigo, parece um disparate inaceitável.

O autor, portanto, inicia o modelo de regra fazendo referência não só ao direito, mas também as obrigações, mais precisamente ao direito subjetivo e as obrigações subjetivas. Segundo ele, quando nós, juristas, disputamos a respeito de que direito as pessoas têm e que deveres e obrigações elas possuem, parece-nos saber claramente e precisamente do que estamos falando, entretanto, sempre quando ousamos falar dos critérios que determinam tais direitos e obrigações, temos profundas divergências.

Com isso, me parece clara a percepção de que existe uma convergência no que diz respeito aos direitos e obrigações, mas com diferenças que saltam aos olhos no que diz respeito aos critérios utilizados para sua aplicação. Senão, vejamos:

2.1. Concepção da Teoria Dworkiniano.

Dworkin, sustenta, em “Modelo de Regras”, uma concepção do que seria propriamente a sua teoria, denominada por ele, como “Teoria Liberal do Direito”, sem, contudo, deixar de tecer críticas ao que denomina ser conhecido, popularmente, como “teoria dominante do direito”, que são divididas em duas partes, a primeira corresponde ao que é o direito, (positivismo jurídico) e, a segunda, de como deve ser o direito (teoria do utilitarismo jurídico).

A proposta crítica abordada pelo autor é enfatizada face ao positivismo jurídico, pois, para ele, a essência de uma teoria do direito deve ser além de normativa, conceitual. A teoria normativa deve examinar a variedade de temas, tais como, a teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei, enquanto a teoria conceitual, por sua vez, faz uso da filosofia da linguagem, da lógica, bem como da metafísica.

É importante dizer, que Dworkin foi um crítico do positivismo de Hart no modelo de regras, ao passo que Hart nunca o respondeu em vida. Por outro lado, vários artigos foram escritos, por várias pessoas, refutando as críticas de Dworkin. Postumamente, foi publicado o posfácio de Hart, em resposta às críticas de Dworkin, no livro o “Conceito do Direito”.

Segundo o posicionamento de Dworkin, em sua tese, denominada “Teoria Liberal do Direito”, as decisões judiciais não podem ser baseadas em discricionariedade, vez que, sempre haverá uma decisão mais adequada ao caso concreto.

Ao contrário de Hart, Dworkin sustenta que os juristas criam conceitos correlatos de direitos e obrigações jurídicas na medida do caso concreto, vez que inexistente direito em abstrato.

Dizemos, frequentemente, que alguém tem direitos e obrigações em virtude da regra escrita e, por essa razão, passamos a reivindicá-los. Contudo, segundo Dworkin, esse “direito” (regra escrita), não é capaz de prever todos os casos, pois, na verdade, o direito nasce à luz do próprio caso.

Já o positivismo de Hart, sustenta que as obrigações são determinadas pela aplicação do direito, no entanto, segundo o Dworkin, existe clara dificuldade de conceituar essa convicção, vez que, na realidade, o direito deriva da moralidade política, ou seja, é aplicado, sempre, com base no que é bom para a comunidade ou adequado ao bem viver, e não propriamente aquilo que está prescrito na regra jurídica.

Dessa forma, quando uma decisão é aplicada, não será, necessariamente, do modo mais justo para o indivíduo (moral individual), mas sim, àquela mais adequada ao bem

viver de sua comunidade, segundo os seus valores morais políticos, compreendidos como aquilo que seja justo para a coletividade.

Dworkin, portanto, afirma que o “direito” na democracia liberal constitucional, não está vinculado a moralidade individual, mas a moralidade política, compreendida como as diretrizes do bem viver em sociedade, pois é ela que define o que é o justo.

Assim, a fim de conduzir à essa reflexão, Dworkin levanta algumas questões, como por exemplo:

- A obrigação jurídica tem algo a ver com obrigação moral?
- Será que temos as mesmas razões para cumprir tanto as nossas obrigações jurídicas como para cumprir as nossas obrigações morais?

Portanto, só é possível resolver questões difíceis e embaraçosas como essas, quando identificamos quais princípios devem ser seguidos, assim como àqueles que devem ser aplicados, muito embora, para alguns juristas, denominados nominalistas, a melhor maneira de resolver tais problemas, é ignorá-los.

No entendimento deles, “obrigação jurídica” e “direito” são mitos, inventados e mantidos pelos juristas em nome de uma mistura de motivos constantes e inconstantes. Pois pensam que o direito é um conjunto de regras atemporais.

Para Dworkin, esse conceito denomina-se “teoria mecânica do direito”, notadamente porque, seria um conjunto de regras acomodadas estocadas, ou até mesmo escondidas, aonde juízes haveriam de descobrir essas regras para aplicá-las segundo o caso concreto.

Para o autor, então, não importa qual interpretação será aplicada ao caso concreto, se literal ou principiológica, pois, na prática, o julgador deverá decidir por aquela que melhor se agasalhe a demanda.

Vê-se, portanto, que o compromisso ideológico de Dworkin é caracterizado pela democracia constitucional liberal, segundo o qual, é a forma mais evoluída e mais

civilizada que a humanidade encontrou para o Estado se relacionar com as pessoas, e das pessoas se relacionarem com o Estado. Logo, para Dworkin, “direito”, nada mais é, que os valores da democracia liberal, ou seja, para se “levar os direitos a sério”, não basta que os direitos sejam exclusivamente escritos, ou que os tribunais se utilizem desse direito para aplicar em suas decisões, pois é necessário que eles sejam realmente aplicados, independente da letra escrita do direito, nas decisões possivelmente aplicáveis, sejam elas decisões que se baseiam no direito literal ou no direito principiológico, atribuindo-se ao caso concreto, aquelas que se adequam segundo valores morais políticos sociais.

A título exemplificativo, imaginemos um caso concreto: em tempos de pandemia, cuja contaminação em massa de um vírus letal, assola a comunidade, e a única proteção à vida é o isolamento social, sua aplicação, conseqüentemente, ofende um direito constitucional a reunião. Portanto, nesse caso conflituoso, o que deve prevalecer, sem dúvida alguma, é o direito a não reunião, de modo a preservar a saúde e a vida das pessoas.

É de se ver, com clareza meridiana, que a decisão mais adequada, justa e única para o caso concreto, é aquela que atende os anseios do bem viver comum.

3 - A ESTRUTURA DO POSITIVISMO

3.1. Compreendendo o esqueleto do positivismo de Dworkin

Segundo Dworkin, o positivismo possui um esqueleto, o que ele denomina de o “esqueleto do positivismo”, destacando aquelas que entende ser as três características centrais do positivismo jurídico. Vejamos:

a) Primeiro, o direito é um conjunto de regras especiais que serão utilizadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público, cujos critérios específicos são testes que, diga-se de passagem, não tem a ver com o conteúdo da norma, mas sim com seu pedigree. Pois é daí, que se pode extrair as regras válidas das regras inválidas, também chamada por ele por regras espúrias. (argumentos erroneamente alegados por um advogado como regra de direito, quando, na verdade, corresponde a uma regra moral).

b) Segundo, pode haver casos em que não existam regras apropriadas para aplicação ao caso concreto e, nesse caso, esse caso não pode ser alcançado pelo direito. Daí, então, o Juiz deverá decidir segundo o seu discernimento pessoal, o que para os positivistas, significa ir além do Direito, criando regra jurídica em complementação de uma regra já existente, segundo seu critério discricionário.

c) Terceiro, dizer que alguém tem uma obrigação jurídica, é o mesmo que dizer que determinado caso se encaixa perfeitamente a uma regra jurídica válida, sendo assim, por não haver uma regra jurídica válida, inexistente obrigação jurídica. De forma muito simplória, podemos dizer que esse é o chamado esqueleto do positivismo, descrito por Dworkin.

Por outro lado, é importante dizer, que até entre os positivistas a carne é distribuída diferentemente, e alguns, inclusive, chegam a reorganizar os ossos do esqueleto, sobretudo no que diz respeito ao teste fundamental de pedigree de uma regra, mormente porque, cada um deles, pode extrair sua validade de uma fonte diferente para trazer legitimidade à regra. Por exemplo: para alguns, o sexo antes do casamento não é proibido, pois a legislação civil não o proíbe. Logo, o que a lei não proíbe é permitido. Por outro lado, outros positivistas vão dizer que a lei religiosa proíbe o sexo antes do casamento e, por isso, é proibido.

Nesse sentido, vale lembrar, que Dworkin, citando Austin, afirma a distinção havida entre as classes de regras jurídicas, morais e religiosas.

Percebe-se, assim, que mesmo entre os positivistas, na busca pela legitimidade e aplicação da norma, pode haver divergências, que conduzirão a reorganização da estrutura do positivismo.

3.2. Regras e seus Pedigrees

Dir-se-ia a respeito do pedigree de uma regra e, por essa razão, cabe nos agora, explorarmos, de forma mais apropriada, o seu conceito.

Pedigree consiste na validade da regra que deriva de fonte válida, submetida por um teste formal.

Hart, por sua vez, preceitua que o direito consiste exclusivamente num conjunto de regras e defende que essas regras podem ser conhecidas mediante um teste de pedigree, chamado regra de reconhecimento.

Já a concepção dworkiniana, defende que além de regras, o direito contém também princípios, que são estruturalmente diferentes, seja no modo como se aplicam (ponderação, em vez de tudo ou nada), seja no modo como se solucionam os conflitos entre eles (prioridade ou precedência, em vez de exclusão e exceção) e, por essa razão, não poderiam ser identificados pelo teste de pedigree, visto que as regras de reconhecimento somente obedecem aos critérios de pedigree.

Diz também que, além de regras jurídicas, o direito é formado de “princípios morais políticos”, diferentemente das regras, que são válidas em função da fonte que as produziu, já os princípios não são válidos (no sentido de validados por um teste formal), mas são obrigatórios em função de seu conteúdo enquanto critério de justiça. Por essa razão, ainda que não escritos em fontes positivadas, podem e devem ser invocados com força jurídica para a decisão de casos difíceis, vez que fundamentados naquilo que é justo.

Segundo Dworkin, ainda, o direito só existe quando há regras que a distinguem do não direito, de como ele deve ser formado e de como ele deve ser desenvolvido, ou seja, quando a origem determina o direito, notadamente porque, se ele não tiver uma bora origem não será jurídico, logo, não terá pedigree.

Essas regras de pedigree, segundo Dworkin, não podem estabelecer conceitos morais individuais, porque senão estariam colocando elementos de escolha subjetiva dentro do sistema jurídico. Em outras palavras, o que Dworkin quer dizer, é que se você quer ser um positivista, você tem que aceitar que conceitos morais individuais possam estabelecer regras de pedigree, como defendido por Hart.

4. Regras, Princípios e Políticas

4.1. Questões Morais Principiológicas

À luz de tudo o que foi desenvolvido, parece-me que a questão primordial é saber se o direito pode ser determinado por uma série de fatos sociais, ou uma série de regras reconhecidas pela sociedade são capazes de produzir regras jurídicas, ou ainda, se os critérios para definir o que é o direito depende de uma avaliação de moralidade política.

Por que essa discussão é tão importante? Porque se eu consigo identificar o direito como um conjunto de regras pré-existentes, basta consultar essas regras segundo caso concreto para obter a solução deles.

Dworkin, por sua vez, vai dizer que precisa haver outras considerações no sentido moral e principiológico para encontrar a melhor e única solução para o caso concreto. O “direito como integridade” (*law as integrity*) compreende que o direito é composto não apenas do direito positivo (leis e precedentes), mas também dos princípios da moralidade política. Para ele, o sistema, apenas, de regras, deixa espaços de indeterminação, já um sistema de regras e princípios, é sempre, suficientemente, determinante para indicar uma única resposta correta para cada caso que se apresente.

A problemática fica exposta por meio da própria discricionariedade do juiz, pois ele decide conforme os conceitos de fatos morais produzidos pela própria sociedade e isso se dá em razão da regra não conseguir prever todos os casos em abstrato. Portanto, o autor não admite a existência de uma regra jurídica em abstrato, uma vez que só será possível identificá-la no próprio caso concreto.

A fim de aclarar o entendimento, nos valeremos do seguinte exemplo: uma regra prevê a proibição de cachorros no shopping center. Contudo, um deficiente visual, acompanhado de seu cão guia, poderia ser proibido de adentrar ao estabelecimento? À luz da obediência cega a regra, sim. No entanto, por um critério justiça, não! Ou seja, por um critério de justiça e adequação da regra moral política do bem viver comum, o deficiente deveria adentrar ao shopping com seu cão guia.

Sendo assim, para Dworkin, a referida exceção a regra é a criação adequada do direito naquele momento para o caso concreto, visto que direito é a moralidade subjetiva do juiz, que pode, a cada caso, criar a regra que entenda ser mais adequada e aplicá-la. Nesse ponto, o direito é o que o juiz decide. Não seria a questão de escolher dentre uma resposta válida disponível ao caso, mas a “única resposta correta” ao caso.

Entretanto, quando Dworkin preceitua que é possível decidir com base em princípios, estaria ele admitindo que o Juiz tem um espaço para decidir? E com isso tenha aceitado a tese de discricionariedade? Evidentemente que não! Como já exaustivamente mencionado, Dworkin entende que não existe múltiplas opções de escolhas para o Juiz prolatar a decisão, existe apenas uma, justa e adequada ao caso.

4.2. Princípios, Regras e Moral Política

Para Dworkin o positivismo não reconhece e não considera que os princípios sejam elementos relevantes para decidir os casos concretos, ou seja, para o positivista, o direito é composto apenas por regras e não se admite princípios.

Outra questão aventada por ele, diz respeito ao necessário discernimento para decidir segundo o preenchimento das lacunas, espaços indeterminados em casos difíceis, que são ocupados por regras criadas pelo próprio juiz para a solução das lides.

Diante disso, Dworkin, vai trazer um interessante caso, *Riggs contra Palmer*. O caso diz respeito ao neto que matou o avô com o propósito de herdar a herança deixada pelo de cujus, e assim se beneficiar do seu próprio ilícito. Não existia vedação legal que proibisse o neto de receber a herança. Contudo, segundo os princípios morais, parecia ser injusto entregar a herança da vítima ao seu algoz, mesmo não havendo regra proibitiva da referida sucessão hereditária. O Tribunal em Nova Iorque decidiu que: “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentos do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir seus bens em decorrência do seu próprio crime.” Desse modo, o Tribunal negou o direito à herança ao assassino.

Vê, portanto, que Dworkin pensa diferentemente das práticas positivistas de Hart, construindo uma teoria que se interponha entre o ceticismo e o voluntarismo, buscando fazer valer não apenas o conteúdo material das normas, mas também o conteúdo moral das normas, que ele mesmo denomina como princípios.

Desse modo, quando a norma estipular um valor moral a ser seguido, o que é entendido como moral política, essa norma será um princípio e esse princípio é o que há de mais relevante em uma ordem jurídica, pois é o que não só dá sentido ao direito, mas compõe a sua própria integridade.

5. Conclusão

À luz de todo o exposto, decodificar Dworkin, pressupõe compreender o desenvolvimento de uma teoria que visa determinar quais são os critérios que o Juiz deve adotar na hora de aplicar a norma, a fim de obter uma decisão justa. Com isso, constrói sua teoria, primeiramente, para poder ter objetividade e não subjetividade, além de não ser excessivamente ideológico. Todavia, é impossível não ser ideológico quando se discute o que é justo, ou quando se discute o conteúdo material das normas e, para ser lógico e racional, é necessário entender que a ideologia deverá servir a democracia liberal.

Por essa razão, Dworkin vai dizer que Hart tem uma postura meramente descritiva, descolada da moral, descolada do que é a noção do justo, bem como dos padrões de comportamento, entendendo que poderá surgir situações em que o juiz não tenha como subsumir das regras, e de qual conduta seja mais adequada e aplicável ao caso concreto. Sendo assim, o juiz teria que fazer uma valoração moral subjetiva para decidir. Já Dworkin, por sua vez, preceitua outro tipo de concepção, pressupondo que através de uma tradição, de um consenso majoritário na sociedade, determinados conjuntos de valores morais seria o mais correto, adequado e, por essa razão, deve ser adotada. E com isso, todas as proposições que surgirem a partir daí, ou que tenha essa ideologia, são racionais.

A ideologia da democracia liberal implica em uma série de determinados princípios, entre eles os direitos humanos e direitos civis. Assim sendo, em uma democracia liberal, a decisão judicial será baseada se utilizando daquela que melhor

atenda aos valores morais políticos que visa atingir à aplicação do direito a partir do caso concreto e não ao inverso. Não significa que essa decisão seja a única possível, mas sim, a decisão compreendida como justa ao caso e, portanto, a mais adequada a constituição.

Referências Bibliográficas:

- 1. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.**
- 2. HART, Herbert. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009**
- 3. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos.**
- 4. STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em: 15 jun. 2020.**