

**A INTEGRIDADE NO DIREITO E OS PROTOCOLOS DE
HÉRCULES: COMENTÁRIO À INTEGRIDADE NO DIREITO
(IMPÉRIO DO DIREITO- CAPÍTULO VII)**

Ronaldo Porto Macedo Junior¹

Resumo: Ronald Dworkin ocupa um lugar central no debate jurídico teórico contemporâneo tanto pela dimensão negativa (ou desconstrutiva) quanto positiva de suas ideias. O capítulo VII de seu livro *O império do Direito* é central para a compreensão da teoria dworkiniana do direito, a sua contribuição positiva e alternativa ao positivismo jurídico e pragmatismo jurídico. O capítulo é um dos mais importantes e mais lidos textos sobre os protocolos que devem ser seguidos pela interpretação jurídica que se pode extrair de suas ideias teóricas. Este ensaio apresenta e analisa os pressupostos filosóficos envolvidos em sua abordagem interpretativista do direito, em especial, o papel da coerência, dos princípios e da moralidade política envolvidos na interpretação jurídica.

Palavras-chave: Ronald Dworking; o império da lei; teoria dworkiniana.

1. Qual é a alternativa teórica oferecida por Dworkin?

Dworkin ocupa um lugar central no debate jurídico teórico contemporâneo tanto pela contribuição negativa (ou desconstrutiva) de sua obra, como pela sua contribuição positiva. Sua obra nos trouxe luz e novas questões tanto pelo que ela foi capaz de questionar e criticar, como pelo que ela ofereceu para ser posto no lugar das tentativas teóricas que ele julgou fracassadas.

O fascínio pela “alternativa” a uma teoria que se critica é sempre grande entre os alunos e juristas. Tão grande que por vezes torna a tarefa de criticar “ideias erradas” aborrecida e enfadonha. Afinal, para que gastar o precioso tempo de estudos para refazer os caminhos da crítica que nos fez abandonar ideias que não mais se

¹ Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e professor fundador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) São Paulo. Livre-docente pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP.

sustentam? Isso não seria como estudar a Física Aristotélica antes de ingressar no programa de Física Básica do currículo do Ensino Médio? Isso não seria tarefa a ser atribuída apenas aos historiadores da física ou da filosofia, mas não àqueles que se dedicam ao conhecimento mais prático, atual e aplicável da física? De igual maneira, não seria o estudo dos confrontos entre teorias do direito algo a ser delegado aos filósofos e teóricos do direito, mas que deveria ser poupado da disputada atenção dos operadores do direito e estudantes? Talvez isso explique em parte o motivo pelo qual livros de teoria do direito usualmente não sejam lidos de forma integral e que mesmo em cursos de pós-graduação se indique como bibliografia obrigatória apenas alguns “capítulos centrais” de algumas obras, em especial aqueles que apresentam a teoria pessoal de determinado autor. Encontramos bons exemplos desse tipo de escolha em programas de ensino que selecionam o capítulo V de *O conceito de Direito* de H. L. A. Hart (“O direito como união de regras primárias e secundárias”) (HART, 1994) ou os capítulos 34 e 35 (“Sobre a dinâmica jurídica”) da obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen como leituras obrigatórias (KELSEN, 2006). Algo semelhante ocorre quando estudantes e juristas selecionam o que ler na obra de Ronald Dworkin.

A “Integridade no Direito” talvez seja um dos capítulos mais lidos e conhecidos de *O Império do Direito* (capítulo VII). Nele Dworkin (re)apresenta ao leitor duas metáforas famosas e um argumento teórico polêmico que usualmente são lembrados nos resumos rápidos de sua obra e contribuição para o pensamento jurídico². Neste capítulo, reapresenta a sua metáfora do *romance em cadeia* como o procedimento de interpretação e criação do direito que serve de modelo tanto para o aprimoramento de sua descrição do direito, como também como protocolo ou método para a correta interpretação do direito pelos seus operadores. Nele Dworkin também introduz outra metáfora poderosa para a compreensão do processo de interpretação: a do juiz Hércules, um juiz com capacidades sobre-humanas, que lhe serve de tipo ideal para a descrição da gramática da prática interpretativa. Por fim, Dworkin expõe a sua teoria da objetividade jurídica e apresenta a sua defesa da tese de que há respostas certas para questões jurídicas complexas, em especial para os Casos Difíceis. Aqui novamente, um argumento fortemente ligado à identidade teórica de Dworkin (o autor da “contra intuitiva” tese da resposta certa) no debate teórico contemporâneo é apresentado ao leitor.

Dworkin tem uma manifesta preocupação de escrever para o público ligado ao direito e, seguindo a tradição analítica de sua formação filosófica, procura expor as suas ideias apresentando o mínimo de requisitos teóricos necessários para levar adiante seus argumentos. É difícil, contudo, imaginar como esse capítulo possa ser lido com rigor se o desconectamos dos capítulos que o precederam. Nele Dworkin põe, em boa medida, diversas conclusões parciais e argumentos filosóficos cuida-

² Na verdade, diversos aspectos da teoria que Dworkin apresenta neste capítulo resumem ou reapresentam de maneira mais enxuta e direta argumentos apresentados em textos anteriores, em sua maioria reunidos na coletânea (DWORKIN, 1985a). Dentre os textos que não estão aqui expostos, caberia destacar o importante artigo (DWORKIN, 1996a). Também a metáfora do juiz Hércules é apresentada por Dworkin pela primeira vez no artigo *Hard cases*, que integra a coletânea (DWORKIN, 1977).

dosamente expostos em capítulos anteriores (nos quais se dedicava a criticar teorias rivais) a serviço de seu projeto teórico positivo, mais diretamente ligado à compreensão do fenômeno jurídico. Os pressupostos mais abstratos tanto da ideia de interpretação, como também do próprio conceito de integridade já tinham sido apresentados ao leitor, mas agora Dworkin procura aplicá-los à compreensão direta na interpretação do próprio direito. Não surpreende, portanto, o especial interesse da comunidade jurídica por este capítulo.

O capítulo VII desenvolve a ideia do direito como integridade, apenas esquematicamente apresentada no capítulo III, quando foi brevemente apresentada ao lado do Pragmatismo e do Convencionalismo Jurídico. Os defeitos destas teorias rivais são indicados: “Direito como integridade nega que proposições jurídicas sejam tanto relatos fáticos do convencionalismo orientados ao passado (backward-looking factual reports of conventionalism) ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico orientados para o futuro (forward-looking instrumental programs of legal pragmatism) (DWORKIN, 1986, p. 225). A distinção faz clara alusão ao argumento semelhante desenvolvido por Bernard Williams em *Ethics and the limits of philosophy* (WILLIAMS, 1985, p.21). Para Dworkin, o direito como integridade combina as duas dimensões, isto é, o olhar para frente e o olhar para trás, e interpreta a prática jurídica como uma narrativa política que se desdobra nessas mesmas práticas. Ademais, ele sugere que somente compreendemos o raciocínio jurídico na medida em que em vemos o sentido pelo qual os juízes tanto descobrem como inventam o direito, como também fazem algo distinto de ambas as práticas tomadas isoladamente. Nisso o direito como integridade difere do pensamento tradicional que o antecedeu.

O provocativo argumento de Dworkin sobre o significado e o papel do princípio da integridade no direito é apresentado de maneira clara logo no início do capítulo. Para ele, “o princípio judicativo de integridade (the adjudicative principle of integrity) orienta os juízes a identificar direitos jurídicos e deveres (legal rights and duties), na medida do possível, sob a premissa de que eles todos são criados por apenas um autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade (justice and fairness).” (DWORKIN, 1986, p. 225). Este princípio, que à primeira vista muito se aparenta com o chamado princípio do legislador racional (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 21-410; FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 103-118) e impõe um dever se observar o ordenamento jurídico como um sistema coerente – uma exigência clássica da hermenêutica jurídica (BOBBIO, 2014) de que o sistema tenha coerência e completude –, vem acompanhado de uma advertência de que o olhar para decisões passadas deve ser considerado como uma tese sobre os fundamentos do direito (grounds of law). Tais fundamentos, cabe recordar o leitor, consistiam na base da distinção entre desacordos práticos (sobre questões fáticas ou empíricas) e desacordos teóricos (sobre os fundamentos do direito) apresentados por Dworkin no início de *Law’s Empire*. (DWORKIN, 1986, p. 3-6)³. É por este motivo

³ A propósito ver (MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 188 e ss).

que o princípio da integridade não é apenas um homônimo do princípio unidade, conhecido pela dogmática da interpretação jurídica (BOBBIO, 2014)⁴, mas antes uma afirmação de que (de acordo com o Direito como integridade): “proposições jurídicas são verdadeiras se elas pertencem ou decorrem de princípios de justiça, equidade e devido processo procedimental (principles of justice, fairness, and procedural due process) que fornecem a melhor interpretação construtiva da comunidade de prática jurídica.” (DWORKIN, 1986, p. 225). Em outras palavras, o direito como integridade oferece um critério para a determinação do valor de verdade das proposições jurídicas através de um método que oferece a melhor interpretação reconstrutiva das práticas jurídicas de uma determinada comunidade.

Nesse sentido, por um lado, afirmar os fundamentos do direito envolve um olhar para trás para a compreensão destas práticas jurídicas pretéritas. Por outro lado, a ideia de interpretação reconstrutiva apela também para um esforço de interpretação criativa de princípios de justiça, equidade e devido processo procedimental que nos exigem um olhar para a frente, visto que não se limita a ser uma interpretação histórica ou sociológica do passado. Ele requer uma interpretação que atribui uma intencionalidade normativa (interpretiva) aos valores que estão imbricados nestas práticas.

Isso já havia sido objeto da consideração de Dworkin quando determinou o sentido do empreendimento interpretativo, em contraste com outras formas de interpretação (como a interpretação literal, convencional, ou mesmo conversacional) (DWORKIN, 1986, p. 225)⁵ Esse ponto novamente distingue o projeto teórico do direito como integridade de algumas teorias rivais que aspiram ser interpretações do direito (como também, outras teorias como a sociologia compreensiva de Weber também o são) (MACEDO JUNIOR, 2013a), mas não pretendem ser programas de interpretação do direito (programs of interpretation). Tanto o pragmatismo como o convencionalismo: “não exigem dos juízes que decidem casos difíceis que conduzam nenhum estudo adicional essencialmente interpretativo da teoria do direito (essentially interpretive study of legal doctrine)” (DWORKIN, 1986, p. 226)⁶. Dessa forma, as aspirações do direito como integridade são diferentes das aspirações de outras teorias: “Direito como integridade é diferente: ele é tanto o produto da e a inspiração para a interpretação compreensiva da prática jurídica (comprehensive interpretation of legal practice).” (DWORKIN, 1986, p. 226).

A compreensão dessa diferença ou, ao menos, da pretensão da diferença, devolve ao leitor a exigência da compreensão fina do significado de interpretação

⁴ Princípio da unidade do sistema jurídico, confira-se, por exemplo (BOBBIO, 2014).

⁵ Ver também (MACEDO JUNIOR, 2013a).

⁶ “Conventionalism requires judges to study law reports and parliamentary records to discover what decisions have been made by institutions conventionally recognized to have legislative power. No doubt interpretive issues will arise in that process: for example, it may be necessary to interpret a text to decide what statutes our legal conventions construct from it. But once a judge has accepted conventionalism as his guide, he has no further occasion for interpreting the legal record as a whole in deciding particular cases. Pragmatism requires judges to think instrumentally about the best rules for the future. That exercise may require interpretation of something beyond legal material: a utilitarian pragmatist may need to worry about the best way to understand the idea of community welfare, for example. But once again, a judge who accepts pragmatism is then done with interpreting legal practice as a whole (DWORKIN, 1986, p. 226).

em Dworkin. Esta deve ser uma tarefa a ser perseguida por todo leitor, o objetivo deste estratégico capítulo de sua grande obra.

Em que medida o direito como integridade exige um olhar para trás, ainda que não se limite a ele? Para Dworkin, o conhecimento histórico das práticas jurídicas é essencial para a correta compreensão do direito como integridade. Lembre-se que este não se apresenta como um direito ideal, extraído de um mundo platônico das ideias, como por vezes acusam alguns críticos, mas expressa as práticas jurídicas de uma comunidade concreta. O direito para Dworkin possui uma fonte social. Contudo, esta não esgota os seus fundamentos, que são integrados por outras fontes não exclusivas e diretamente sociais.

O estudo histórico do direito importa na medida em que por meio dele podemos compreender como os direitos e deveres constituídos por decisões coletivas do passado que fundamentaram o uso da coerção são formados por um esquema de princípios necessários para a justificação da autoridade do próprio direito com um todo. Assim, “a História importa porque este esquema de princípio precisa (must) justificar tanto a posição como o conteúdo destas decisões pretéritas” (DWORKIN, 1986, p. 227).

Dessa forma, o passado interessa para o intérprete do direito como integridade não porque nela possamos encontrar diretamente os critérios de correção para as nossas práticas do presente. Não se trata de encontrar as convenções dominantes ou vitoriosas do passado para delas nos servirmos como guias verificáveis para nossas ações no presente. A correção de nossas práticas não toma um estado de coisas no passado (intenção dos legisladores, precedentes dominantes ou entendimentos consolidados) como puros fatos (plain facts) que servem de guia exclusivo para a conduta interpretativa no presente. O direito como integridade busca os princípios que melhor justificam as práticas (e estados de coisas) do passado. Ele busca encontrar (e interpretar) os princípios que melhor organizam a prática de uma forma “suficientemente atraente “e que forneça um “futuro honorável”. (DWORKIN, 1986, p. 228).

Como compreender tais afirmações tão cheias de conotações literárias, metafóricas e retóricas? Estaria Dworkin apelando ao velho estilo beletrista do bacharelismo vulgar para agradar suas audiências impressionáveis pelos belos apelos à justiça e à virtude? A resposta é negativa, mas vejamos como ele realiza a proeza.

Dworkin rejeita, conforme vimos, a clássica distinção que tanto animou debates teóricos do passado entre criar e descobrir o direito (Os juízes ao interpretar o direito descobrem ou criam o direito?). Para ele, esta é uma falsa dicotomia que muito atrapalha na compreensão da complexa natureza interpretativa do direito. A atitude padrão de um juiz ao interpretar o direito não se explica a partir dessa dicotomia que inevitavelmente capta apenas “parte da verdade” sobre o significado de sua atividade. A dicotomia recomenda que se escolha qual parte é preferível. Contudo, o erro filosófico consiste em pensar que estamos presos a este dilema, a esta escolha fatal por um dos lados: juízes descobrem ou juízes inventam o direito, des-

cobrem ou inventam o significado para os princípios que são referidos nas fundamentações das decisões judiciais. Na verdade, num empreendimento interpretativo típico de um juiz, quando bem compreendido, constata-se “que o princípio tanto se ajusta (fits) como justifica alguma parte complexa da prática jurídica, que ela oferece uma forma atraente de ver, na estrutura desta prática, a consistência que o princípio de integridade exige.” (DWORKIN, 1986, p. 228). Num certo sentido, portanto, a prática do direito envolve e requer um certo otimismo conceitual. Isso porque as proposições jurídicas são inevitavelmente reconstrutivas em razão do próprio tipo de proposição que elas são.

Resta saber, portanto, como são e quais são as diferenças entre as proposições jurídicas e outras proposições (como por exemplo as científicas), que eventualmente não exigiriam esforços interpretativos reconstrutivos e criativos. O importante é o leitor de Dworkin compreender, desde logo, o tipo de desafio que ele lança a si mesmo e argumenta ser fundamental para a compreensão da novidade de sua teoria do direito.

2. O romance em cadeia

O expediente utilizado por Dworkin para explicar seu argumento é conhecido: a metáfora do romance em cadeia. O significado do romance em cadeia não apresenta especial dificuldade para o leitor (e talvez por isto seja um dos pontos mais repetidos de sua estratégia teórica). Imagine-se um romance que é escrito por um grupo de pessoas que devem, em sequência, continuar a escrita do ponto em que o seu co-escritor e antecessor parou. Este empreendimento coletivo existe no mundo. Ele não é incomum em grupos literários, salas de aula de literatura e até criação profissional de novelas. Ele serve como um laboratório especulativo para as ideias de Dworkin.

As regras para o romance em cadeia são também familiares. O grupo deve escrever o melhor romance possível, como se fosse obra de um só autor, visto que deve atender as exigências e unidade, coerência e harmonia das obras de arte feitas pelos grandes artistas. Para tanto, sempre que um escritor continua o romance, ele deve conhecer o texto que antecede a sua contribuição (a sua história e estrutura) e buscar compreender o caráter do que já foi feito no passado. Ele deve agir como um crítico de arte que analisa uma obra de arte em sua atividade profissional. A única diferença é que, depois de agir como crítico, ele deve agir também como escritor. Para o bom escritor nesse tipo de empreendimento exige-se que, antes da escrita, uma boa crítica seja levada a cabo.

Tal como o crítico literário, o participante do romance em cadeia deve identificar duas dimensões importantes da obra. A primeira delas é a dimensão do ajuste ou adequação (fit). Para Dworkin, o crítico “não pode adotar nenhuma interpretação, a despeito de sua complexidade, se ele acredita que nenhum autor individual que iniciou a escrita de um romance com várias leituras do personagem, trama, tema e

intencionalidade (point) que a interpretação descreve poderia ter escrito substancialmente o texto que lhe foi dado. Isso não significa que sua interpretação deve se ajustar (fit) a cada trecho do texto. Ela não é desqualificada simplesmente porque ele postula que algumas linhas ou tropos são acidentais, ou mesmo que alguns eventos da trama são erros porque atuam contra as ambições literárias que a interpretação afirma. Mas a interpretação que ele acolhe precisa (must), contudo, fluir através do texto. Ela deve ter um poder explanatório geral, e é falha se deixar sem explicação algum aspecto estrutural do texto, uma trama secundária é tratada como se possuísse grande importância dramática ou fosse uma metáfora dominante e repetida.” (DWORKIN, 1986, p. 230).

As exigências propostas por Dworkin poderão parecer elevadas demais para quem as pensa *in abstracto*. Parecerão, porém, mais modestas e familiares se nos lembrarmos que elas constituem um paradigma comum para a nossa compreensão do que é uma boa crítica literária. Se assim for, será melhor aposta teórica compreender como ela é possível do que simplesmente negar sua existência ou plausibilidade.

A segunda dimensão da boa interpretação requer que o participante julgue qual “das leituras plausíveis torna a obra em desenvolvimento melhor, tudo considerado (makes the work in progress best, all things considered).” (DWORKIN, 1986, p. 231). Esta pretensão novamente parece ser desafiadora quando a pensamos abstrata e descontextualizadamente. Contudo, não é exatamente isso que pretendem os críticos literários quando terminam suas teses e livros? Eles pretendem apenas ter escrito mais um livro ou interpretação, ou, pelo contrário, um interpretação que seja superior e/ou melhor do que outras, ao menos no ponto em que pretenderam ser inovadores? Roberto Schwartz pretendeu apenas escrever mais uma interpretação da obra de Machado de Assis⁷, dentre tantas outras igualmente válidas, ou antes uma nova e superior, melhor interpretação, porquanto capaz de lançar mais luz sobre a obra desse clássico da literatura brasileira? É difícil supor que esteja ausente a intenção de mostrar a obra de Machado sob a sua melhor luz, aquela que evidencia melhor a riqueza e o valor artístico na obra deste autor. É fácil compreender o sentido desta pretensão de mostrar a obra sob a sua melhor luz, ou da maneira mais atraente, ainda que não seja banal compreender como isso é possível.

Para saber como é possível, é necessário agregarmos uma nova pressuposição teórica: “Neste ponto seus juízos estéticos mais substantivos sobre a importância, ou insight ou realismo ou beleza de diferentes ideias entram em ação”. (DWORKIN, 1986, p. 231). Isso significa que é necessário supor a existência de uma hipótese estética para conferir sentido à pretensão contida numa interpretação artística de ser melhor do que outra. É necessário atribuir um propósito na obra e associá-la a um conjunto de valores que julgamos que devem estar presentes numa obra que possua valor artístico. Podemos imaginar teorias sobre o valor estético que

⁷ Cfr. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades, 1977 (5. ed., revista. São Paulo: Duas Cidades / Ed. 34, 2000) e *Um mestre na periferia do capitalismo*: Machado de Assis. São Paulo: Duas Cidades, 1990 (3. ed. São Paulo: Duas Cidades / Ed. 34, 2001).

reconheçam que a coerência estrutural ou formal são relevantes para o valor artístico. A dimensão do ajuste (fit) orientava-se predominantemente para a sua identificação. Contudo, agora é necessário mais do que isto. É necessário identificar os valores e teorias que poderiam atribuir um valor à própria coerência estrutural ou formal. É necessário identificar qual é o tipo de teoria que pode oferecer uma melhor explicação para o valor da articulação entre estilo, forma e conteúdo. Isso exige uma teoria do próprio estilo, da forma e do conteúdo. Exige, enfim, uma teoria da arte que Dworkin denomina de hipótese estética (DWORKIN, 1985b). Esta segunda dimensão reporta-se ao apelo avaliativo da própria arte. A dimensão do ajuste (fit) se combina e imbrica com a dimensão do apelo avaliativo (evaluative appeal) de maneira integrada. Não se trata de duas dimensões distintas e autônomas, mas antes de uma dimensão de ajuste (fit) que o crítico busca encontrar entre as práticas do passado e o próprio apelo avaliativo ou valorativo.

Conforme aponta Dworkin: “Nós podemos agora apreciar a gama de diferentes tipos de juízos que são misturados nesta comparação geral. Juízos sobre coerência textual e integridade, refletindo distintos valores literários formais, são entrelaçados com juízos estéticos mais substantivos que assumem, eles mesmos, diferentes objetivos literários. Contudo, estes vários tipos de juízo, de cada tipo geral, permanecem suficientemente distintos para confrontar-se um com o outro (check one another) numa abordagem geral, e é esta possibilidade de contestação, em especial entre juízos textuais e substantivos, que distingue o compromisso (assignment) de um romancista em cadeia da escrita criativa mais independente.” (DWORKIN, 1986, p. 231-232). Em outras palavras, é possível afirmar que do participante do empreendimento do romance em cadeia é exigido ser um crítico da obra que até então foi feita. Um bom crítico deve analisar as dimensões de ajuste (fit) e do apelo avaliativo dos valores que ele tem como hipótese que o empreendimento artístico deve possuir.

O escritor precisa ser um crítico antes de escrever o seu pedaço do romance. Em igual medida, se verá adiante, o juiz deve ser um crítico do direito antes de escrever suas sentenças. Assim como se exige do crítico literário algum tipo de hipótese ou teoria da arte, também o juiz antes de decidir deverá interpretar o direito de sua melhor forma. Isso dele exigirá não uma hipótese estética, uma teoria da arte, mas uma hipótese política e uma teoria do direito. Se o escritor tem dentro de si um crítico de arte, também o juiz trará inafastavelmente dentro de si um teórico do direito. Por certo isso não fará do artista um crítico de arte profissional, nem tampouco converterá o juiz num acadêmico da filosofia do direito (DWORKIN, 2007). Não menos certo, contudo, é que a natureza de suas atividades guardará esta semelhança de família fundamental. Em alguma medida, arte e teoria da arte se articulam tanto quanto a prática do direito e a teoria do direito mutuamente se exigem e se imbricam.

A metáfora do romance em cadeia procura mostrar como o direito se assemelha à literatura e como o juiz é sempre, em certa medida, também um teórico do di-

reito. Dworkin buscou neste capítulo descer mais um degrau no seu esforço de mostrar como essa semelhança se apresenta. Para isso ele analisa um romance em particular e algumas objeções centrais que se poderia dar ao seu esforço teórico. O exemplo que ele escolhe é o de diferentes interpretações do romance de Charles Dickens, *Christmas Carol*. Não cabe neste comentário retomar todos os detalhes de seu esforço, em grande medida voltado para simular os mesmos desafios a própria ideia de interpretação provocada em seus leitores. Cabe, contudo, destacar alguns pontos.

Dworkin procura mostrar como duas interpretações rivais (concorrentes) sobre o caráter do principal personagem do livro de Dickens, Scrooge, poderia dar suporte a julgamentos distintos sobre o sentido geral desta obra. Certas passagens do livro parecem recomendar uma interpretação de Scrooge como uma pessoa irremediavelmente má. Outras leituras, contudo, poderiam dar suporte a outra compreensão desta mesma personagem. Nestas últimas, Scrooge seria uma pessoa boa que passa por um processo de corrupção moral provocada pelas demandas perversas de uma sociedade capitalista. Qual delas poderia ser a melhor leitura da personagem? Dworkin sugere que a melhor interpretação da personagem seria aquela que conferisse a melhor leitura do romance enquanto uma obra de arte e como um todo. Isto é, a melhor interpretação não é aquela que pode ser bem ajustada à compreensão de um capítulo do livro ou de uma passagem dele, mas, antes, do romance como um todo. Trata-se, aqui, é evidente, da postulação de que uma visão holística integrada e da obra como um todo, é preferível àquela que poderia ser feita a partir de interpretações fragmentadas ou parciais.

Dois pontos são importantes nesse passo. O primeiro deles refere-se ao fato de que o critério deve ser encontrado “dentro do romance”, isto é, deve ser interno ao próprio empreendimento artístico que o romance expressa (DWORKIN, 1986, p. 234). O segundo ponto reporta-se a um novo desafio que deve ser enfrentado: a defesa de uma concepção integradora dos valores. Afinal, por que deveríamos pressupor que é possível produzir uma interpretação integradora e holística da obra de arte? Por que deveríamos pressupor que os diversos valores e motivos artísticos contidos na obra são de alguma forma harmonizáveis ou reconciliáveis? Ademais, ainda que possível, por que deveríamos preferir uma interpretação que apostasse nesta direção em relação a outra interpretação formulada sobre a hipótese de que a obra expressa valores irredutivelmente contraditórios entre si?

Esse tema será objeto de longa reflexão de Dworkin, em particular em obras posteriores como *Justice for hedgehogs* (DWORKIN, 2011). As suas primeiras formulações do problema, contudo, já aparecem nesta obra. Ciente da centralidade desse argumento, o texto desde logo oferece duas importantes advertências sobre como compreender as “vantagens da compreensão holística e reconciliadora” sobre outras interpretações parciais que poderiam, por exemplo, interpretar a personagem Scrooge como irremediavelmente oscilante e contraditória.

Para ele, “não é o contraste entre estes aspectos da interpretação que são dependentes e aqueles que são independentes das convicções estéticas do intérprete. E não é um contraste entre os aspectos que podem e aqueles que não podem ser controvertidos.” (DWORKIN, 1986, p. 234). Isso porque ambas interpretações igualmente dependem de convicções e de juízos que podem ser controvertidos e também são internas ao esquema geral de crenças e atitudes dos intérpretes. Não se trata aqui, portanto, de reconhecer que uma interpretação pode ser mais objetiva, científica ou verificável de um modo que a outra não seria. Elas não diferem a esse respeito.

Essa situação poderia sugerir que a única alternativa a seguir quando houvesse conflitos entre interpretações desse tipo seria acolher o caminho cético, negando a existência de qualquer critério que pudesse fundamentar a existência de uma resposta objetiva sobre qual seria a melhor interpretação. Em outras palavras, diante de conflitos desse tipo somente restaria reconhecer que as preferências de cada indivíduo por uma ou outra interpretação sempre seriam subjetivas e pessoais. Afinal, por que motivo deveria preferir uma leitura de Scrooge que o interpretasse como um indivíduo capaz de superação, redenção, progresso ou mesmo salvação à outra interpretação, que simplesmente o enxergasse como uma pessoa que oscila contraditoriamente de humores e atitudes, incurável, cínico e, nesse sentido, menos hipócrita com a sociedade? O ponto da dúvida merece destaque e reflexão. Poderíamos imaginar que a descrição de Scrooge como simplesmente malvado e incorrigível mantivesse melhor coerência formal com o texto do romance e, seria, assim, mais bem ajustada às convicções formais de um crítico. Contudo, seria possível também imaginar que essa leitura da personagem não seria capaz de emprestar com mais riqueza e força uma intenção de crítica social (e/ou crítica psicológica) que leituras rivais poderiam. Nesse caso, porém, estaríamos julgando as virtudes de uma leitura também em face de nossas convicções substantivas sobre como a sociedade capitalista deve ser criticada ou como funciona a psique humana em sua complexidade e dinâmica. Quando isso ocorre, destaca Dworkin que o crítico realiza uma espécie de equilíbrio reflexivo para nossas convicções: “suponha-se que descobrimos no processo de argumentação que suas convicções formais são vinculadas e dirigidas por outras mais substantivas. Sempre que você prefere uma leitura de algum texto com fundamentos substantivos, suas convicções formais automaticamente se ajustam para endossá-la como uma leitura decente do texto.” (DWORKIN, 1986, p. 237). É nesse momento que a interpretação holística ganha sua supremacia metodológica sobre as interpretações parciais e locais, que enxerga valores simplesmente em conflito e não necessariamente em competição. Isso porque “se algumas convicções do intérprete devem confrontar-se com outras (check one another), como elas precisam (must) se ele está realmente interpretando genuinamente, depende da complexidade e estrutura de suas opiniões pertinentes como um todo.” (DWORKIN, 1986, p. 236-237). A avaliação global, holística, é portanto, uma exigência do tipo de esforço interpretativo envolvido na empreitada crítica.

Surge aqui, contudo, um novo e importante desafio. Por que deveríamos pressupor que a obra foi escrita por apenas um autor? Por que tal pressuposição deveria ser aceita se, sabemos, ela foi escrita por diversos autores? Por que deveríamos pressupor esta unidade? É importante destacar que a mesma pergunta poderia ser formulada no campo do direito no qual a hipótese do legislador racional (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 21-41) é também frequentemente submetida à crítica (KENNEDY, 1976; KENNEDY, 1997)⁸.

Para Dworkin, a resposta a esta pergunta encontra-se no fato de que um dos critérios para determinar quando e se uma interpretação é superior a outra depende da sua capacidade de oferecer uma compreensão da obra como um todo. Uma interpretação literária ou jurídica que somente fosse bem ajustada à compreensão de um capítulo de um romance ou um artigo de lei, seria inferior àquela capaz de compreender “o capítulo dentro do romance” ou o artigo de lei “dentro da lei e do sistema jurídico ao qual pertence”. Esse é um ponto importante para a compreensão da gramática do jogo jurídico (o jogo de linguagem do direito). Assim como somente é possível analisar se um lance num jogo de xadrez foi um bom lance na perspectiva do jogo como um todo, também uma interpretação parcial (de um capítulo de um romance ou de um artigo de lei) somente será adequada se for harmonizável com o conjunto da atividade dentro da qual está inserida. Num jogo de xadrez, a troca de um cavalo por uma dama, numa sequência parcial de lances, pode a princípio parecer uma boa jogada visto que se considera, de maneira geral, o cavalo uma peça de menor valor enxadrístico. Contudo, o sacrifício da dama por um cavalo poderá se revelar, no curso das jogadas de uma mesma partida, uma estratégia mais sábia e modificar o juízo sobre o que seria uma “boa jogada”. Isso é assim porque a gramática do jogo de xadrez funciona assim. Seria imaginável um jogo semelhante ao xadrez no qual o conceito de boa jogada fosse determinável apenas “a cada quatro lances”, sem uma perspectiva global da partida. Para um jogo assim poderíamos ter outros critérios para a determinação do que é uma “boa jogada”. Esse seria, contudo, um outro tipo de jogo “de xadrez”.

É possível, porém, que existam várias interpretações do “romance como um todo” que se ajustem ao conjunto da obra (DWORKIN, 1986, p. 237)⁹. Nesse caso, qual critério deveria ser utilizado para preferir alguma delas? Segundo Dworkin, para realizar uma escolha entre elas é necessário pressupor uma hipótese estética (DWORKIN, 1985b, p.146-166). “To choose among these, you must turn to your background aesthetic convictions, including those you will regard as formal.” (DWORKIN, 1986, p. 237). Em outras palavras, é necessário uma interpretação de uma peça

⁸ Uma caracterização geral do movimento é encontrada em (TUSHNET, 1991, p. 1515-44); (MINDA, 1995); bem como no clássico documento que foi muitas vezes visto com um manifesto do movimento: (UNGER, 1983, p. 561-675). Para uma análise crítica mais recente do pensamento de Dworkin ver (UNGER, 1996; UNGER, 2004).

⁹ “You might not find any interpretation that flows through the text, that fits everything the material you have been given treats as important. You must lower your sights (as conscientious writers who join the team of an interminable soap opera might do) by trying to construct an interpretation that fits the bulk of what you take to be artistically most fundamental in the text. More than one interpretation may survive this more relaxed test”. (DWORKIN, 1986, p. 237).

de literatura que busque uma forma de ler o texto que a revele com a melhor obra de arte (hipótese estética).

Ainda que se aceite a plausibilidade dessa nova exigência conceitual para constituição de um critério de julgamento da melhor interpretação, novamente um importante desafio precisará ser enfrentado: o desafio cético. Afinal, é possível que inexista uma interpretação melhor do que outra, tudo considerado (*all things considered*). Esse ponto, diretamente relacionado à existência de uma resposta certa nem sempre foi bem compreendido pelos intérpretes de Dworkin. Talvez ele mesmo tenha contribuído para os mal-entendidos. Em *O Império do Direito*, contudo, Dworkin oferece uma resposta simples e clara sobre a questão. É possível que o cético tenha razão. Não é possível afastar a possibilidade lógica de que inexista uma resposta certa. Porém, se ela for possível, ela não pode ser determinada *a priori*, isto é, antes da realização do empreendimento interpretativo (ou interpretivo¹⁰) nos moldes acima descritos. Em suas palavras: “Esta é a possibilidade cética que mencionei antes: você vai terminar por abandonar o projeto, rejeitando o seu compromisso como impossível. Mas você não pode saber de antemão que você vai chegar a este resultado cético. Você precisa primeiro tentar. (...) O aparentemente sábio juízo de que nenhuma interpretação pode ser melhor precisa (*must*) ser conquistado e defendido como qualquer outra postulação interpretativa.” (DWORKIN, 1986, p. 237-238). Em face disso, por um lado, a objeção do cético externo (que afirma ser impossível afirmar *a priori* que inexiste uma resposta certa) deve ser rejeitada. Por outro lado, a objeção do cético interno (que aceita o desafio interpretativo, mas ao final dele conclui inexistir uma resposta certa), é plausível e possível. Mas seria ela provável?

O cético interno, que aceitou as regras do interpretativismo, poderá ter bons argumentos para concluir que numa interpretação literária não é possível afirmar que uma interpretação é superior a outra. Retomemos o exemplo da personagem Scrooge. Poderíamos imaginar que duas descrições levemente distintas da personagem, uma que enfatizasse o caráter mais racional e cínico e outra que colocasse maior ênfase em sua oscilante racionalidade poderiam ser bem ajustadas à compreensão geral da obra. Por que então decretar que uma delas seria correta e outra incorreta? Dworkin sugere duas respostas possíveis para tal objeção. Uma primeira resposta simplesmente concordaria com a resposta cética interna: sim isso seria possível. Uma segunda resposta agregaria em relação à primeira uma pergunta: mas não seria então a “resposta cética neste caso” a resposta certa? Em outras palavras, a resposta certa não seria então que neste caso haveria duas respostas possíveis e, portanto, duas respostas certas? O argumento parece ser verbal e retórico, mas na verdade evidencia um elemento importante da gramática do uso dos próprios conceitos de correção e objetividade. Isso porque se, nesse caso, a única resposta correta só pode ser esta (de que há duas alternativas), que sentido haveria em afirmar que não existe uma resposta certa que, logicamente, não poderia existir?

¹⁰ Sobre o uso da palavra interpretivo ver MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 66.

Não seria tal exigência semelhante à aquela presente na afirmação de Wittgenstein de que não faz sentido afirmar que “O metro de Paris tem um metro”? Que sentido pode ter a afirmação de que algo que é a própria medida do metro tem um metro? Como poderia não ter? (WITTGENSTEIN, 1953, parágrafo 50).

Seriam essas considerações relativas à existência de uma resposta certa (objetiva) igualmente aplicáveis ao contexto jurídico? Penso que sim. É possível afirmar que o cético externo não oferece um argumento plausível para a afirmação de que inexistem respostas certas no direito. Isso porque a exigência que ele faz para a existência de objetividade não faz sentido. Já o cético interno pode ter razão (existe uma possibilidade lógica de que não exista apenas uma alternativa), mas nesse caso deveríamos lembrar que a sua resposta seria a correta, visto ser a única possível. Caberia, contudo, no caso das interpretações jurídicas, agregar uma nova consideração. A despeito de ser possível e plausível a existência de mais de uma resposta correta para uma questão jurídica, seria tal situação provável?

Dworkin sugere em suas obras que a complexidade e a vastidão do material interpretativo à disposição do intérprete do direito, ao contrário do material disponível para o intérprete de um romance, torna a possibilidade de “empate entre interpretações” improvável, ainda que possível. Pensemos num exemplo. Seria altamente provável que dois times de futebol terminassem empatados no número de gols e pontos ao final de uma série de quatro partidas. Isso ocorre com frequência em campeonatos oficiais visto que empates são comuns nos jogos de futebol. Imagine-mos agora um campeonato de pôquer entre dois computadores que simulasse o acúmulo de pontos de cada oponente ao final de dois milhões de rodadas. A probabilidade de empate no total de pontos seria muito baixa, improvável, ainda que logicamente possível. O direito, por ser uma realidade complexa, dinâmica e historicamente rica torna improvável o “empate” entre interpretações rivais.

Devemos também atentar para um segundo ponto. A complexidade do direito torna o exame completo do material jurídico uma tarefa impossível e praticamente infinita. Nunca será possível afirmar que uma nova interpretação, que desafia a conclusão cética de que há mais de uma interpretação correta, não poderia ser feita. As possibilidades de reinterpretação jamais se encerram tanto prática quanto teoricamente. No campo literário, contudo, o mesmo pode não ocorrer. Imaginemos a interpretação de um breve haikai com apenas três linhas. É plausível imaginar que ainda que as possibilidades teóricas para interpretá-lo também sejam inumeráveis, a plausibilidade prática de continuar insistindo em novas interpretações é esgotável. Quem perderia tempo em reinterpretar indefinidamente um texto com três linhas? Isso serve para mostrar que ainda que não existisse (definitivamente) apenas uma resposta certa, em termos práticos isso não faria diferença para o intérprete do direito, que diante da complexidade do direito sempre deveria orientar sua intenção para a busca da melhor resposta, isto é, a resposta correta.

Tema distinto, evidentemente, é aquele relativo à certeza de que teríamos encontrado a resposta correta. A certeza, contudo, é um atributo psicológico dos

agentes e não uma qualidade exigida pela objetividade. É certo que algumas teorias da objetividade vinculam-na à obtenção da certeza. Contudo, tais teorias da verdade enquanto certeza são objeto de inúmeras críticas filosóficas que também Dworkin endossará (DWORKIN, 2011).¹¹

3. A interpretação do caso McLoughlin

Integridade no Direito oferece ao leitor mais do que um esquema conceitual como aquele que este texto se limita a fazer. Nele Dworkin procura descer aos detalhes de um empreendimento interpretativo concreto relativo ao dever de indenização por danos emocionais. Ele utiliza o caso McLoughlin¹² para testar as suas ideias. Nesse caso, diferentemente da suposição de uma hipótese estética que era exigida para a avaliação da melhor interpretação literária, será necessário formular uma hipótese política ou de moralidade política (DWORKIN, 1985, p. 146-166). A interpretação jurídica é, para Dworkin, um caso especial do mesmo gênero de atividade interpretativa que a interpretação literária realizada pelo crítico literário e igualmente exigida do romancista em cadeia, também constitui outro caso particular.

O caso inglês McLoughlin v O'Brian [1983] envolve um debate sobre os limites da responsabilidade civil quanto aos danos psiquiátricos sofridos em razão de um acidente automobilístico. No ano de 1973, uma pessoa telefonou para a casa da senhora McLoughlin informando que seu marido e três filhos tinham sido vítimas de um acidente. Ao se dirigir ao hospital, duas horas depois do acidente, ela sofreu um severo ataque de nervos ao ver um de seus filhos morto e os demais seriamente feridos. Em face do ocorrido, processou o responsável pelo acidente pelos danos psicológicos que sofreu.

Para analisar o caso que dividiu as opiniões jurídicas quanto ao dever de indenizar a senhora McLoughlin, Dworkin recorre ao seu personagem mítico do juiz interpretativista típico-ideal Hércules. Este interpreta o direito tal como um mortal (Hércules é um semideus e não um Deus), mas dispõe de paciência e recursos temporais ilimitados para a sua tarefa hermenêutica. Ele se vale da abordagem do direito como integridade. Esta não é uma concepção geral do direito, mas antes um conjunto de protocolos de perguntas e encadeamentos para a atividade interpretativa (DWORKIN, 1986, p. 239)¹³. A análise cuidadosa que Dworkin faz do caso pode ser aqui analisada no detalhe.

¹¹ Cfr. Dworkin não indica apenas uma vertente da crítica da teoria da certeza que associa a existência da certeza. Dentre as leituras que provavelmente o influenciaram estão WITTGENSTEIN, 1953.

¹² *McLoughlin v O'Brian* [1983] 1 AC 410.

¹³ "We must not suppose that his answers to the various questions he encounters define law as integrity as a general conception of law. They are the answers I now think best. But law as integrity consists in an approach, in questions rather than answers, and other lawyers and judges who accept it would give different answers from his to the questions it asks. You might think other answers would be better (So might I, after further thought)", grifo nosso. (DWORKIN, 1986, p. 239).

Dworkin propõe um instrutivo exercício sobre como o juiz Hércules decidiria um caso como o McLoughlin. Nele Dworkin analisa como seria possível e adequado continuar o romance em cadeia num caso concreto. Ele adverte que o juiz mítico não vai oferecer o direito como integridade como uma concepção geral do direito, mas antes como aquela que ele julga ser a melhor num contexto determinado e em face dos argumentos disponíveis (o que indica que ela poderia ser desafiada e abandonada em face de melhores argumentos supervenientes).

Como todo caso difícil, McLoughlin envolve a apresentação de argumentos contraditórios e a referência a diversos precedentes que os apoiam. Para identificar a coerência que poderia permitir a reconstrução integrada deles é necessário assumir (ao menos provisoriamente) a hipótese de que eles tenham sido produzidos por uma mesma “pessoa”. O direito deve falar a partir de uma só voz (“*speak in one voice*”). Até aqui seria legítimo supor que Dworkin apenas apela ao já conhecido princípio do legislador racional (ampliando-o para integrar também o julgador racional que produziu os precedentes contrastantes). Para encontrar uma teoria sobre o dever de indenizar dos danos emocionais, ele deve analisar diversas possibilidades argumentativas. Para tanto, ele elenca seis possibilidades contraditórias (a possibilidade de argumentos em competição, mas não contraditórios seria examinada em outro momento):

1. “Ninguém tem o direito moral (*moral right*) à indenização exceto para danos físicos.
2. As pessoas têm um direito moral à indenização por danos emocionais sofridos na cena do acidente em face de qualquer pessoa que tenha descuidadamente causado o acidente, mas não têm direito à indenização por danos emocionais sofridos posteriormente.
3. As pessoas devem obter indenização por danos emocionais quando a prática que exige indenização em suas circunstâncias for diminuir os custos globais dos acidentes ou, de algum modo, tornar a comunidade mais rica a longo prazo.
4. As pessoas têm o direito moral à indenização para qualquer dano emocional ou físico que seja uma consequência direta do comportamento descuidado, não importando quão provável ou previsível seja que tal conduta venha a produzir tal dano.
5. As pessoas têm o direito moral à indenização por danos emocionais ou físicos que são a consequência de condutas descuidadas, mas apenas se tal dano for razoavelmente previsível pela pessoa que agiu descuidadamente.
6. As pessoas têm o direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito venha a impor ônus financeiros massivos e destrutivos às pessoas que foram descuidadas para além da proporção de sua falha moral.” (DWORKIN, 1986, p. 241).

E fácil notar que a opção pelos argumentos 1 e 2 favoreceria os interesses do Sr. Obrian. Já o argumento 4 favoreceria a Sra. McLoughlin. O argumento 3 demandaria a realização de cálculo econômico. Já o argumento 5 envolve avaliação da previsibilidade do dano, e o argumento 6 requer tanto o juízo de previsibilidade, quanto responsabilidade financeira. Fica claro, portanto, que o tipo de raciocínio se altera conforme a alternativa escolhida.

Ao se perguntar se um juiz ou legislador (political oficial), falando numa só voz, poderia ter decidido os diversos precedentes (contraditórios) de forma coerente recorrendo a apenas um dos seis argumentos citados, tal reflexão conduz, desde logo, a exclusão da argumento 1, afinal, ele seria incoerente com diversos dos precedentes citados na ação.

Também o argumento 2 deveria ser rejeitado. Isso porque ainda que seja coerente com algumas decisões passadas, ele fracassaria por não afirmar um princípio de justiça, visto que tornaria arbitrária (e como tal injusta) e desconectada de uma consideração geral moral e política a definição dos critérios para a decisão.

O argumento 3 poderia ser adequado (fit) em relação a algumas decisões passadas, contudo isso dependeria de algumas premissas adicionais, afinal, “Hércules pode descobrir através da análise econômica que alguém que aceitou a teoria econômica expressa pelo argumento 3 e que quisesse reduzir os custos dos acidentes para a comunidade teria feito justamente tais decisões” (DWORKIN, 1986, p.242).

Contudo, Dworkin observa que não é nada óbvio que o argumento 3 afirme qualquer princípio de justiça ou equidade (*justice or fairness*). Aqui é importante recordar a distinção entre princípios e políticas (*policies*) que Dworkin enunciou no capítulo anterior. O argumento 3 supõe que é desejável reduzir custos dos acidentes. Poderíamos pensar em dois motivos para isso. O primeiro considera que aqui existe um princípio de justiça que “insiste que as pessoas têm o direito à indenização sempre que uma regra que garante indenização vier a produzir mais riqueza para a comunidade como um todo do que uma regra que a negue” (DWORKIN, 1986, p. 242). Assim enunciado, ele possui a forma de um princípio que garante um direito geral a cada indivíduo. (Dworkin deixa, contudo, a análise do argumento 3 como um princípio de justiça para o capítulo 8 de *Império do Direito*, por envolver outras variáveis e complexidades). O segundo considera que aqui existe uma política (*policy*) orientada ao aumento de riqueza, mas não um direito moral a ele. Por não instituir um princípio de justiça, ele também deve ser abandonado da investigação reconstrutiva de Hércules.

Dworkin recorda em diversas passagens que o direito como integridade demanda que os juízes reconheçam que o direito é um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade que devem ser aplicados de maneira igualitária em casos semelhantes. Esta ideia pressupõe a compreensão do direito como uma prática enraizada numa comunidade de princípio. Tal advertência deixa claro, desde logo, que os princípios devem prevalecer sobre as políticas, sempre que entrarem em colisão.

Note-se que uma política (*policy*) não precisa se orientar por critérios de justiça. Ela pode se justificar tendo em vista a ampliação do bem estar futuro da sociedade, redução de custos, proteção do meio ambiente, etc. Por tal motivo, o legislador tem o poder de criar políticas e, assim, fixar novos direitos jurídicos (derivados da mera autoridade da lei). O sistema representativo delega aos representantes de uma comunidade um tal poder para legislar.

O direito como integridade reconhece, contudo, que juízes assumem atitudes diante do direito distintas daquela do legislador. Isso porque, “juízes precisam (must) tomar suas decisões no *common law* com fundamentos de princípio, não política (*policy*): eles precisam (must) empregar argumentos sobre porque as partes tinham os “novos” (“*novel*”) direitos e deveres jurídicos que eles impõem (*legal rights and duties they enforce*) à época que as partes agiram ou em algum outro tempo pertinente do passado” (DWORKIN, 1986, p. 244)¹⁴. É importante, portanto, notar que o argumento 3 não se qualifica apenas “quando é lido para negar qualquer dever geral e apoiar-se exclusivamente em fundamentos de política (*policy*)” (DWORKIN, 1986, p. 244).

Os argumentos 4, 5 e 6 são capazes de ultrapassar os testes iniciais. Cabe agora avaliar se algum deles deve ser eliminado por ser incompatível com o conjunto da prática jurídica mais amplamente considerada. O argumento 4 seria inconsistente com a prática caso fossem encontrados precedentes (como de fato foram) que reconhecem o dever de indenizar danos físicos causados pela direção descuidada apenas quando o dano fosse razoavelmente previsível. O argumento 4 somente poderia ser mantido se fosse identificado nos precedentes uma distinção entre danos físicos e emocionais capaz de explicar o motivo pelo qual as condições para a reparação deveria ser mais restritiva para os últimos em comparação com os primeiros.

O direito como integridade exige a identificação da hipótese política subjacente à dimensão de autoridade das instituições que constituem o direito. Assim, “o direito como integridade exige do juiz que teste a sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas políticas e decisões de sua comunidade perguntando se elas podem fazer parte de uma teoria coerente justificando a rede como um todo” (DWORKIN, 1986, p. 245). É certo, contudo, que esta tarefa não pode ser feita de forma solitária e de uma só vez por um juiz. Em suas palavras, “nenhum juiz atual pode compor algo próximo de uma interpretação completa de todo o direito de sua comunidade de uma vez. É por isso que nós imaginamos um juiz hercúleo, com talentos super-humanos e tempo ilimitado. Mas um juiz real somente pode imitar Hércules de maneira limitada” (DWORKIN, 1986, p. 245).

¹⁴ A passagem contém uma sutileza difícil de captar em português. A palavra “*novel*”, entre aspas no original sugerindo também um uso metafórico, possui dois sentidos em português: novo e romance. Dworkin se refere a um “novo direito”, indica que tal direito moral, ainda que preexistente, não teria sido assim reconhecido à época. Daí a sua “*novidade*”. Por outro lado, e o seu reconhecimento é produto da interpretação reconstrutiva apresentada na forma do romance em cadeia (*chain novel*), o que sugere também a ideia de que se trata de um direito identificado a partir de tal empreendimento interpretativo. (DWORKIN, 1986, p. 244).

Esse ponto é importante, pois Dworkin não supõe que os juízes sejam tão poderosos como Hércules. Contudo, reconhece que ele pode ser imitado, e que a maneira como este interpreta é gramaticalmente semelhante à forma humana pela qual juízes interpretam. Lembre-se que Hércules não é um Deus, mas um semideus e, como tal, guarda semelhança direta com nossa humanidade.

Dentro de seus limites, um juiz experiente realizará algumas etapas interpretativas de modo quase inconsciente, mas detendo um senso de contexto para excluir ou expandir a sua atividade interpretativa sobre a interpretação que bem se ajusta (fit) ao material interpretativo. Contudo, salienta Dworkin, alguns dos novos passos exigidos pela reconstrução interpretativa serão maiores e provavelmente mais controvertidos. Mas eles podem ser inevitáveis. Para analisá-los e comparar as interpretações 5 e 6, Dworkin avança em novas e mais complexas reconstruções.

Para compará-las, ele precisa analisar casos com grandes prejuízos econômicos e não apenas danos físicos ou emocionais (por exemplo, outros casos nos quais consultores ou contadores foram processados em razão dos danos causados por seus comportamentos negligentes). Em caso assim, a interpretação 5 “sugere que a tal responsabilidade pode ser ilimitada em seu montante, não importando quão ruínosa no total, desde que os danos sejam previsíveis e 6 sugere, pelo contrário, que a responsabilidade é limitada justamente em razão das somas assustadoras que poderiam ser atingidas” (DWORKIN, 1986, p. 246). Se isso ocorrer, teremos desde logo um critério para eliminar uma interpretação: “se uma interpretação é uniformemente contraditada por casos desse tipo e não encontra nenhum apoio em nenhuma outra área da doutrina (doctrine) que Hercules poderia posteriormente inspecionar, e a outra é confirmada pela expansão, ele olhara a primeira como implausível, e apenas a última interpretação é que terá sobrevivido” (DWORKIN, 1986, p. 246).

Mas Dworkin analisa uma variante ainda mais complexa de possibilidades: “mas suponha que ele encontre, quando expande o seu estudo dessa forma, um padrão misto. As decisões passadas permitem a responsabilidade estendida para alguns profissionais, mas não para outros. E este padrão misto se aplica para outras áreas da doutrina (doctrine) que Hércules, no exercício de suas capacidades imaginativas, julga pertinentes” (DWORKIN, 1986, p. 246). Nesse caso a contradição encontrada, apesar de genuína, não é tão abrangente de modo a justificar uma interpretação cética da prática jurídica como um todo, tal como possivelmente recomendariam alguns teóricos do Critical Legal Studies Movement. Isso porque, a despeito da centralidade do tema da limitação das indenizações, essa aparente contradição não é suficiente para afastar o direito como integridade. Mas isso terá de ser justificado e não simplesmente postulado.

Tal constatação obrigará Hércules a avaliar novamente uma segunda dimensão da adequação (fit) para a correta interpretação do caso. Ele agora examinará se a interpretação 5 se ajusta (fit) melhor ao material jurídico expandido do que a interpretação 6. Essa tarefa, contudo, não será uma mera decisão mecânica. Não bastará a ele realizar um estudo estatístico e assim identificar qual dos argumentos se

apresenta com maior frequência dentro do acervo de práticas jurídicas investigado. Isso porque, além da análise de erros interpretativos feitos com base tanto no argumento 5 quanto no argumento 6, será necessário ir além da mera recorrência estatística ou numérica. Será preciso verificar se as decisões expressando um princípio parecem mais importantes ou fundamentais ou abrangentes que as decisões expressando a outra.

Dworkin sugere alguns cenários que poderiam indicar razões para decidir qual das interpretações seria melhor ou superior. Num primeiro cenário, a interpretação 6 se ajustaria (*fits*) apenas às decisões judiciais pretéritas relacionadas a acusações de negligência contra uma profissão em particular (como os advogados), ao passo que a interpretação 5 justificaria todos os demais casos envolvendo outras profissões e outros tipos de prejuízos econômicos. Nesse caso, seria possível afirmar que tal interpretação seria melhor porquanto mais abrangente, visto se ajustar (*fit*) melhor ao material jurídico como um todo. Dworkin indica assim, a sua preferência por análises mais holísticas e reconhece que o melhor ajuste (*fit*) ao conjunto das práticas como um todo tomadas em consideração pela atividade interpretativa deve ser considerado uma razão para sua superioridade.

Num segundo cenário, “embora a responsabilidade tenha em muitos casos variados sido limitada a um montante menor do que a interpretação 5 permitiria, as opiniões (votos) vinculadas a estes casos não fizeram menção ao princípio de interpretação 6, o qual foi jamais foi anteriormente reconhecido pela retórica judicial oficial” (DWORKIN, 1986, p. 247).

Nessas circunstâncias seria correto afirmar que a interpretação 5 ajusta-se (*fits*) melhor ou que a interpretação 6, ou mais correto seria afirmar que a interpretação 6 não de nenhum modo aceitável? Dworkin aponta para o fato de que os juízes podem se dividir sobre esta questão de melhor ajuste (*fit*). Como então decidir qual é a melhor interpretação?

Alguns juristas poderão afirmar que a interpretação 6 não deve ser levada a sério se ela jamais foi explicitamente mencionada como um princípio decisório pela jurisprudência. Outros, ao contrário, poderão reconhecer que ainda que ele jamais tenha sido explicitamente mencionado como um princípio para a decisão, é ele que oferece a melhor justificativa para as decisões atuais, sendo capaz de mostrar o sentido das decisões “em sua melhor luz”.

Hércules deve analisar esta possibilidade como uma questão especial de moralidade política. Isso significa que a história política de uma comunidade é uma história melhor, “se ela exhibe os juízes mostrando claramente para o seu público, através de seus votos, o caminho que juízes posteriores guiados pela integridade vão seguir e se ele mostra juízes tomando decisões que confere tanto voz como efeito às convicções sobre a moralidade que são disseminadas pela comunidade.” (DWORKIN, 1986, p. 248).

Isso denota que argumentos expressos em decisões judiciais são ações de uma comunidade personificada e, como tais, devem ser levados em consideração.

Nesse sentido, a melhor interpretação é aquela que melhor se ajusta (*fit*) àquilo os juízes efetivamente fizeram, mais do que àquilo que eles disseram ter feito em seus votos.

Por fim, Dworkin analisa um terceiro e ainda mais problemático e controvertido cenário. Nele Hércules encontra um material interpretativo ainda mais desprovido de padrões claros. Ele encontra grande número de casos nos quais a responsabilidade ilimitada foi reconhecida e outros tantos nos quais não foi e nenhum princípio é capaz de explicar tal discrepância. Nesse cenário, ele poderá chegar à conclusão de que questões de ajuste (*fit*) aos materiais interpretativos¹⁵ (mesmo depois dos esforços de expansão para outros materiais mais abrangentes) não terão qualquer utilidade para a sua deliberação.

Nesse momento, Hércules deverá decidir qual interpretação revela o material jurídico em sua melhor forma da perspectiva da moralidade política substantiva. Para tanto, Hércules identifica duas histórias. A primeira supõe que a comunidade adotou o princípio da previsibilidade como o seu teste para a responsabilidade moral para danos causados por negligência, ainda que nem sempre isso tenha sido alcançado na prática. A segunda história supõe que a comunidade adotou o princípio da previsibilidade limitada por um teto de responsabilidade, ainda que nem sempre ele tenha sido alcançado.

Para compreender qual das histórias apresenta a moralidade política da comunidade em sua melhor luz, desde uma perspectiva holística (“all things considered”), será preciso recorrer as suas convicções sobre as duas principais virtudes da moralidade política: justiça e equidade (*justice and fairness*). Esse esforço dependerá de sua concepção de cada um desses conceitos, bem como de compreensão acerca de qual é a concepção que melhor representa os valores seguidos pela comunidade política (e não a sua mera opinião pessoal).

Essa etapa interpretativa demandará de Hércules o aprofundamento de sua reconstrução conceitual da hipótese política que melhor justifica os valores centrais da comunidade política no interior da qual ele julga. O seu juízo não se limitará a uma avaliação sobre qual é a melhor em termos de uma concepção abstrata de justiça. Ele deverá avaliar o quanto cada conceptualização destes valores melhor se ajusta (*fits*) às diversas aspirações, práticas e discursos relevantes dentro dessa comunidade.

Essa tarefa exigirá alguma forma de ponderação (*balancing*). Não no sentido formal que hoje se tornou popular a partir da experiência da Suprema Corte Alemã e dos trabalhos de Robert Alexy. A advertência de Dworkin é incisiva neste ponto: “juízes terão diferentes ideias sobre equidade (*fairness*), sobre o papel da opinião de que cada cidadão deve idealmente desempenhar na decisão estatal sobre quais princípios de justiça impor (*enforce*) através do poder de polícia central, eles terão

¹⁵ Conforme já salientado, é importante não esquecer que a dimensão do ajuste (*fit*) jamais deve ser considerada como uma questão meramente empírica. O próprio ajuste reporta-se ao apelo valorativo do conceito envolvido (*evaluative appeal*). Examinei o assunto em MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 206-209.

diferentes opiniões de mais elevado grau (higher-level opinions) sobre a melhor resolução dos conflitos entre estes dois ideais políticos” (DWORKIN, 1986, p. 250). Por esse motivo, a simplificação da atividade interpretativa através da identificação de uma prevalência abstrata e estática de um valor sobre outro é uma tentativa intelectual a ser evitada. Afinal, “nenhum juiz deveria defender a teoria simplista de que a equidade (fairness) deveria ser automaticamente ter preferência sobre a justiça ou vice versa.” O mesmo poderia ser dito sobre o valor da dignidade frequentemente invocado pela literatura neoconstitucionalista como “o mais alto e prevalente dos valores constitucionais”. Desse modo, “a maioria dos juízes irá pensar que a ponderação (balancing) entre opiniões da comunidade e as demandas de justiça abstrata precisam (must) ser tomadas diferentemente em diferentes tipos de casos” (DWORKIN, 1986, p. 250).

Esta forma de compreensão da prioridade da moralidade política em ramos específicos do direito permitirá a compreensão da existência de principiologias particulares que poderão preponderar de maneira diferenciada em diversos contextos decisórios. Por tal motivo, “talvez em casos ordinários de direito comercial ou direito privado, como o caso McLoughlin, uma interpretação apoiada na moralidade popular será considerada superior a outra que não é, desde que não seja pensada como sendo muito inferior como uma questão de justiça abstrata. Mas muitos juízes pensarão que a força interpretativa da moralidade popular é muito mais fraca em casos constitucionais como o caso Brown, porque eles pensarão que a intenção (point) da Constituição é em parte proteger indivíduos daquilo que a maioria pensa ser certo” (DWORKIN, 1986, p. 250)¹⁶. Estas diversidades introduzem o tema das prioridades locais dentro da interpretação jurídica.

4. A prioridade local

Um primeiro ponto a destacar é que a interpretação correta do caso pode envolver a identificação de diversos princípios e gerar desacordos interpretativos sobre quais deles devem prevalecer no julgamento. Isso significa que pode haver divergências entre dois juízes que busquem, à maneira de Hércules, encontrar a melhor resposta para a questão. Eles poderão divergir, destaca Dworkin, quanto aos princípios que deverão ter uma “prioridade local” com respeito à questão que deverá ser decidida. O conceito ressoa de maneira forte (ainda que inexista uma citação nessa passagem que o confirme) a ideia de prioridade deliberativa desenvolvida por Bernard Williams em seu clássico *Ethics and the limits of philosophy* (WILLIAMS, 1985, p. 183-186). Assim, alguns intérpretes hercúleos poderão entender que os princípios mais diretamente associados ao direito privado geral e à prática pretérita da responsabilidade civil em particular, deverão ter prioridade sobre, por exemplo,

¹⁶ No famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (de 1954), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu ser inconstitucional as divisões raciais entre estudantes brancos e negros em escolas públicas pelo país (DWORKIN, 1986, p. 250).

princípios de direito público em geral ou princípios de responsabilização criminal. Para Hércules, os juízos de adequação (fit) dos materiais interpretativos devem se estabelecer na forma de círculos concêntricos, do particular para o geral (DWORKIN, 1986, p. 250-251)¹⁷. Dessa forma, o seu juízo deve procurar quais são os departamentos do direito que mais diretamente se ajustam (fit) ao tema e problema em questão. Ao fazê-lo, o juiz não deve seguir cegamente os critérios convencionalistas usualmente fixados pela dogmática jurídica (DWORKIN, 1986, p. 251)¹⁸. Os próprios critérios para a divisão em departamentos devem ser objeto de sua reflexão e interpretação e não ser acolhidos cegamente simplesmente porque foram fixados convencionalmente e, deste modo, convertidos em pontos de partida dogmáticos que não podem ser questionados (LUHMANN, 1983). O argumento é importante, pois a compartimentalização em si mesma constitui técnica comum e bem conhecida pelos juristas e não apresenta nenhuma incompatibilidade com outros modelos de interpretação jurídica perfeitamente compatíveis com o convencionalismo e o pragmatismo. A diferença importante reside no fato de que Hércules não acolhe compartimentalização porque ela é tradicional ou convencional, nem porque ela autoriza o uso de uma retórica de justificação pragmatista. Ele a toma como um material interpretativo que está fundado em princípios que devem ser interpretados da melhor forma possível. A autoridade dos “departamentos do direito” não deriva da convenção ou do puro dogma, mas antes da rationale que subjaz a sua configuração.

5. As exigências de coerência

Dworkin enfatiza em diversas oportunidades que o direito como integridade demanda do juiz assumir como uma premissa metodológica que o “o direito está estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e equidade (justice and fairness) e devido processo procedimental, e ele exige que sejam impostos (enforce) em casos novos que surjam, de modo que a situação de cada pessoa é equânime (fair) e justa (just) de acordo com os mesmos parâmetros (standards). Este estilo de decisão judicial respeita a ambição presumida pela integridade, a ambição de ser uma comunidade de princípio” (DWORKIN, 1986, p. 243). O argumento contém duas postulações filosóficas importantes.

Em primeiro lugar, Dworkin enuncia uma pretensão coerentista de verdade para a interpretação jurídica. Em outras palavras, a coerência desempenha um papel

¹⁷ “I must call special attention to a feature of Hercules’ practice that has not yet clearly emerged. His judgments of fit expand out from the immediate case before him in a series of concentric circles. He asks which interpretations on his initial list fit past emotional injury cases, then which ones fit cases of accidental damage to the person more generally, then which fit damage to economic interests, and so on into areas each further and further from the original McLoughlin issue” (DWORKIN, 1986, p. 250-251).

¹⁸ “He will not treat this doctrine of local priority as absolute, however; he will be ready to override it, as we shall soon see, in some circumstances. The compartmentalization of law into separate departments is a prominent feature of legal practice. Law schools divide courses and their libraries divide treatises to distinguish emotional from economic or physical injury, intentional from unintentional torts, tort from crime, contract from other parts of common law, private from public law, and constitutional law from other parts of public law. Legal and judicial arguments respect these traditional divisions” (DWORKIN, 1986, p. 251).

central na determinação da interpretação correta (YOUNG, 2013; ZIPURSKY, 1997, p. 1679-1720; MACEDO JUNIOR, 2017a).

Em segundo lugar, os princípios que devem entre si estabelecer uma relação de coerência e integração são os princípios de justiça, equidade e devido processo legal procedimental (justice, fairness and procedural due process). Não é difícil reconhecer neste passo a direta influência da filosofia política de Rawls no pensamento de Dworkin. Não apenas o método do equilíbrio reflexivo orientava o juiz Hércules em seu empreendimento interpretativo da melhor forma de conceptualizar os conceitos pressupostos nas práticas jurídicas, como também a própria teoria da moralidade política exigida e também pressuposta na interpretação jurídica se vale do método e muitos dos esforços reconstrutivos substantivos propostos por *Rawls em Uma Teoria da Justiça*. Há diferenças, é certo, e o próprio Dworkin se ocupou de destacá-las em diversos textos (DWORKIN, 2006, p. 241-261)¹⁹, mas é certo que uma variante plausível do juiz Hércules poderia ser tanto rawlsiana como dworkiniana.

Por fim, Dworkin afirma não apenas a possibilidade, como a existência de uma comunidade de princípios subjacente à ordem social na qual se enraíza o direito a ser interpretado (DWORKIN, 1986, p. 244).²⁰ A comunidade de princípios pressupõe e afirma a existência de uma sociedade que é formada não por indivíduos monádicos, mas por uma comunidade capaz de se expressar com uma voz coletiva (speak in one voice). Dessa maneira Dworkin procura responder e se antecipar e responder a algumas das críticas comunitaristas feitas aos primeiros trabalhos de John Rawls. Dentre elas, caberia destacar os trabalhos de Michael Sandel, Charles Taylor, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre (TAYLOR, 2003, p. 197-220; SANDEL, 1982; WALZER, 1983; KYMLICKA, 2002).

6. Holismo da teoria geral dos princípios

A atitude interpretativa recomendada pelo direito como integridade requer também a adoção da perspectiva holística antes comentada com respeito a todos os princípios ordenadores da comunidade política como um todo. Conforme afirma: “Law as integrity requires a judge to test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole. No actual judge could compose anything approaching a full interpretation of all of his community’s law at once” (DWORKIN, 1986, p. 245). Duas ideias centrais estão aqui presentes.

¹⁹ De maneira particular em *Rawls and the Law*, em DWORKIN, 2006, p. 241-261.

²⁰ “Law as integrity assumes, however, that judges are in a very different position from legislators. It does not fit the character of a community of principle that a judge should have authority to hold people liable in damages for acting in a way he concedes they had no legal duty not to act. So when judges construct rules of liability not recognized before, they are not free in the way I just said legislators are. Judges must make their common-law decisions on grounds of principle, not policy: they must deploy arguments why the parties actually had the “novel” legal rights and duties they enforce at the time the parties acted or at some other pertinent time in the past. A legal pragmatist would reject that claim. But Hercules rejects pragmatism” (DWORKIN, 1986, p. 244).

Em primeiro lugar, a concepção da constelação de princípios como uma rede articulada de princípios interligados. Os princípios de uma comunidade política devem ser vistos como uma teia inconsútil (*seamless web*), uma rede sem costuras que estabelece tensões e reforços em suas diversas conexões. Esta rede se assemelhará também a uma cúpula geodésica inspirada em Buckminster Fuller, contraven-tada em suas diversas amarras e articulações. Em termos menos metafóricos, isso significa que a determinação do sentido dos conceitos valorativos que foram estas redes se estabelece numa relação de reforço recíproco e não de uma fundamentação vertical. Assim, por exemplo, o conceito valorativo de liberdade se define em relação ao conceito de igualdade. Estes, por sua vez, também estabelecem relações seme-lhantes de influência recíproca com os conceitos de dignidade, autonomia e autode-terminação. Assim como o valor da liberdade depende da autonomia e da igualdade, do mesmo modo, o valor da igualdade depende da liberdade e da autonomia. A liberdade que nos importa (que é valiosa para nós) é aquela que nos garante a auto-nomia para escolhermos livremente nossos projetos individuais de vida. A liberdade negativa (de não estar impedido de fazer algo) somente é especialmente valiosa politicamente quando afeta esses outros valores. Exemplo disso é o fato de que a restrição a nossa liberdade para não usar cinto de segurança não nos importa tanto quanto a restrição a nossa liberdade de expressão e de escolhermos com quem vamos nos casar que estão ligadas a nossa autonomia para determinar nossos projetos de vida. Desse modo, assim como na arte conceitos como os de beleza, harmonia, coerência, equilíbrio também se redefinem dentro de um esquema conceitual, (DAVIDSON, 1983)²¹ também na moralidade política os valores se constituem na forma de uma rede conceitual.

Em segundo lugar, o empreendimento interpretativo do direito como um todo é uma tarefa coletiva. Nenhum juiz pode realizar tal tarefa sozinho (DWORKIN, 1986, p. 245). Na prática os juízes terão de recorrer a convicções políticas formadas tam-bém de forma inconsciente e não apenas através do uso disciplinado e filosófico da razão. Um juiz experiente deverá ter boas intuições, instintos e sabedoria prática para compreender qual interpretação de um limitado conjunto de casos pode sobre-viver se do âmbito de princípios no interior do qual ele deve se ajustar foi expandido (DWORKIN, 1986, p. 245)²². Assim, ainda que a interpretação judicial seja sempre em algum sentido individual (e “protestante”, afirmará Dworkin recorrendo à ideia luterana de que cada crente deveria interpretar por si a palavra de Deus), será tam-bém, num outro sentido parte de uma tarefa coletiva.

Dworkin chama também a atenção para um aspecto essencial da tarefa inter-pretativa ao afirmar que “ajustar-se àquilo que os juízes fizeram é mais importante

²¹ Cfr. DAVIDSON, Donald [1983] “A Coherence Theory of Truth and Knowledge” DAVIDSON, Donald *On the Very Idea of a Conceptual Scheme* (1974) p. 183-193, in Donald Davidson *Inquiries into Truth and Interpretation* (Second Edition) CLARENDON PRESS · OXFORD 2001.

²² “In practice even this limited process will be largely unconscious: an experienced judge will have a sufficient sense of the terrain surround-ing his immediate problem to know instinctively which interpretation of a small set of cases would survive if the range it must fit were ex-panded” (DWORKIN, 1986, p. 245).

do que se ajustar àquilo que eles disseram” (DWORKIN, 1986, p. 248). Esse ponto é igualmente importante e com frequência é esquecido pelos leitores brasileiros de Dworkin. Os materiais interpretativos relevantes não se limitam àquilo que os juízes disseram. Trabalhos de exegese de acórdãos dos tribunais são relevantes na medida em que fixam um ponto de partida para a coleta dos materiais interpretativos relevantes. Contudo, mais importante do que o que disseram os julgadores, importa interpretar o que eles fizeram. A *rationale* pressuposto naquilo que fizeram importa mais, para o juiz Hércules, do que aquilo que juízes do passado afirmam ter feito. É claro que podemos reservar nossos elogios mais calorosos para os juízes que foram bons relatores do que para os que fizeram. Contudo, boas decisões nem sempre vêm acompanhadas de uma boa exposição do que foi decidido e como foi. A simples análise de discurso, mesmo quando equipada com instrumentos quantitativos dos métodos empíricos, é insuficiente e não substitui a tarefa interpretativa nos termos propostos por Dworkin.

7. A moralidade política substantiva do ouriço

Hércules deve reconstruir argumentos de moralidade política substantiva sempre que estiver diante de alternativas interpretativas competitivas ajustadas globalmente às práticas jurídicas. A exemplo da atitude seguida pelo intérprete literário que se via diante da exigência de recorrer a critérios estéticos substantivos para justificar qual interpretação literária de Scrooge seria capaz de oferecer uma compreensão do romance de Dickens em sua melhor luz, como obra de arte, também o intérprete do direito se vê diante de situação semelhante ao buscar produzir a melhor resposta para uma questão jurídica. Isso é particularmente evidente nos casos difíceis, mas também exigido em casos simples, onde o julgador poderá, contudo, seguir “protocolos abreviados” para a sua interpretação (DWORKIN, 1986, p. 266)²³.

Conforme visto, para responder ao desafio de elaboração de sua hipótese política (de moralidade política ou justiça) o intérprete do direito deve realizar uma tarefa interpretativa e reconstrutiva dos princípios que embasam a moralidade política de uma comunidade. Ele deve identificar a comunidade de princípios que subjaz a uma comunidade política concreta. Ele deve compreender o entrelaçamento entre os valores de justiça e equidade (DWORKIN, 1986, p. 249).

É importante aqui destacar uma mudança relevante que o pensamento de Dworkin em obras posteriores, em particular a partir da publicação de *Justiça para Ouriço* em 2011. Em *Império do Direito*, Dworkin defende a ideia de que em determinado momento da interpretação do direito Hércules é convocado a identificar re-

²³ “Better interpretation of what judges do in the easy ones.” The distinction between easy and hard cases at law is neither so clear nor so important as this critic assumes, as we shall see in Chapter g, hut Hercules does not need that point now. Law as integrity explains and justifies easy cases as well as hard ones - it also shows why they are easy. It is obvious that the speed limit in California is 55 because it is obvious that any competent interpretation of California traffic law must yield that conclusion. So easy cases are, for law as integrity, only special cases of hard ones, and the critic’s complaint is then only what Hercules himself would be happy to concede: that we need not ask questions when we already know the answer”. (DWORKIN, 1986, p. 266).

construtivamente a teoria da justiça (substantiva) dentro da qual estão imersas (embedded) as práticas jurídicas e políticas de uma comunidade. Nesse momento é necessário identificar qual é a hipótese política que confere sentido (a intencionalidade ou point) das práticas coercitivas legítimas que caracterizam o próprio direito. Esse tipo de análise claramente identificava a conexão entre a linguagem do direito e a linguagem da moral política. Tal ideia viria a ser reforçada em sua defesa da “Leitura Moral da Constituição” em obras intermediárias como *O direito da Liberdade* (DWORKIN, 1996b, p. 7-8)²⁴.

Em *Justiça para Ouriço*, Dworkin dá um passo além, reconhecendo que o próprio direito deveria ser reconhecido como um departamento da moral. Não se trata mais de apenas identificar as conexões entre o direito e a moralidade, e sim compreender que a moralidade política e o direito, enquanto um de seus departamentos especiais, demandam uma teoria abrangente dos valores (de tipo Ouriço). O argumento é complexo e exigiu um longo livro para justificá-lo. Em poucas palavras Dworkin assim o resume: “Filósofos políticos insistem em outro conflito entre valores políticos: o conflito entre justiça e direito. Nada garante que nossas leis serão justas; quando elas são injustas, autoridades e cidadãos podem ser exigidos, pelo estado de direito (rule of law), comprometerem-se com o que a justiça exige. No capítulo 19 eu falo deste conflito: eu descrevo a concepção de direito que a toma não como sendo um sistema de regras rival que pode conflitar com a moralidade, mas ele mesmo como um ramo da moralidade. É necessário, para tornar tal sugestão plausível, enfatizar o que pode se denominar justiça procedimental, a moralidade da governança equânime (fair governance) e do resultado justo (just outcome). É também necessário entender a moralidade em geral como tendo a estrutura de uma árvore: o direito é um ramo da moralidade política, o qual é, ele mesmo, um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, a qual, por seu turno, um ramo da ainda mais geral teoria do que significa viver bem” (DWORKIN, 2011, p. 5-6).²⁵

Esse passo ainda não está presente em seus livros *O Império do Direito* e *O direito da Liberdade* e trará novas exigências para a sua teoria geral do direito. Não creio, contudo, que ele altere a atitude geral defendida como o direito como integridade já plenamente anunciada em 1986. Esse desdobramento oferecerá, contudo, uma explicitação teórica sobre os fundamentos dessa atitude que poderá trazer impactos para a interpretação concreta de determinadas questões jurídicas associadas a desacordos teóricos (MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 188) no direito.

²⁴ The book as a whole has a larger and moral general aim. It illustrates a particular way of reading and enforcing a political constitution, which I call the *moral reading* (...). The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law” (DWORKIN, 1996b, p. 7-8).

²⁵ Ele continua: “You will by now have formed a suspicion. Poseidon had a son, Procrustes, who had a bed; he suited his guests to his bed by stretching or lopping them until they fit. You might well think me Procrustes, stretching and lopping conceptions of the great political virtues so that they neatly fit one another. I would then be achieving unity on the cheap: a meaningless victory. But I mean to submit each of the political conceptions I describe to the test of conviction. I will not rely on any assumption that a theory is sound just because it fits with other theories we also find agreeable. I hope to develop integrated conceptions that all seem right in themselves, at least after reflection. I do make an independent and very powerful claim, however. I argue throughout the book that in political morality integration is a necessary condition of truth. We do not secure finally persuasive conceptions of our several political values unless our conceptions do mesh. It is the fox who wins too easily: it is his apparent victory, now widely celebrated, that is hollow” (DWORKIN, 2011, p. 5-6).

É importante notar também que a atitude interpretativa adotada por Hércules já em *Império do Direito* aponta para um argumento que será também mais plenamente explorado em obras posteriores acerca da natureza complementar, competitiva mas não necessariamente contraditória, dos conflitos ou tensões entre princípios (DWORKIN, 1986, p. 241).²⁶ Esse argumento retoma em parte o tipo de objeção cética que poderia ser formulada contra a atitude interpretativa defendida por Dworkin. O cético poderia insistir que a natureza contraditória dos princípios não permite uma interpretação reconciliadora dos princípios que seriam, muitas vezes, inescapavelmente contraditórios e irreduzíveis uns aos outros. O argumento é poderoso e complexo e conta com um time de primeira linha de filósofos que o defende, dentre os quais Dworkin destaca dois de seus mais sofisticados defensores: Isaiah Berlin e Bernard Williams (WILLIAMS, 1985; BERLIN, 1953; BERLIN 1991; NAGEL, 1979).

É importante que se entenda que esse relevante argumento não se confunde com a sua empobrecida variante convencionalista que afirma que há uma contradição inafastável entre os sentidos convencionalmente atribuídos aos valores. Esse argumento apela para a inexistência de um significado convencional, socialmente compartilhado, que exclua a reconciliação valorativa para afirmar que os valores inevitavelmente colidem e em alguma medida mutuamente se excluem.

Segundo muitos autores que nesse ponto se distanciam de Dworkin, para resolver esse tipo de problema a única saída seria formular um método para a minimização das perdas produzidas pela colisão, otimizando a extensão semântica de cada valor colidente. Um exemplo de tal saída teórica e prática, profundamente distinta daquela defendida por Dworkin, pode ser encontrado na teoria da proporcionalidade de Robert Alexy²⁷.

É relevante também destacar que ele tampouco se confunde com o uso que dele é feito pelos juristas pragmatistas que buscam nos limites das alegadas indeterminações semânticas dos conceitos valorativos uma oportunidade para adotar suas estratégias pragmáticas.

O argumento filosófico parcialmente cético esposado por filósofos como Bernard Williams, por exemplo, não nega a estratégia interpretativa adotada por Hércules. Esses filósofos aceitam que os conceitos valorativos são construídos não apenas pela extensão de seu significado convencional, nem são indeterminados quando não encontram uma referência nas convenções²⁸. Ele aceita que os valores se definem num jogo de relações recíprocas que foi indicado acima. Contudo, negam a tese filosófica da unidade do valor. Afirmam que podem ser reconstruídos valores

²⁶ "I postpone the more complex case in which Hercules constructs an interpretation from competitive rather than contradictory principles, that is, from principles that can live together in an overall moral or political theory though they sometimes pull in different directions" (DWORKIN, 1986, p. 241).

²⁷ Para uma crítica mais abrangente orientada para o tema da liberdade de expressão ver: MACEDO, 2017b. Em sentido semelhante, ver as críticas a ideia de ponderação expostas por TSAKYRAKIS, 2008; TSAKYRAKIS, 2009, e POSCHER, 2016, p. 63-96.

²⁸ Sobre o significado do convencionalismo filosófico e jurídico, ver MACEDO JR, 2017a.

imersos nas práticas sociais, “mas em alguns casos eles vão conflitar, e a coerência então exige algum esquema não arbitrário de prioridade ou sopesamento (weighing) ou acomodação entre os dois, um esquema que reflita suas respectivas fontes num nível mais profundo da moralidade política” (DWORKIN, 1986, p. 269). Em outras palavras, não haveria razões para acreditar na existência de alguma forma de exercício da razão, na forma de um equilíbrio reflexivo ou esforço de reconstrução interpretativa mais abrangente, que pudesse justificar a existência de critérios de prioridade lexical e, portanto, capazes de justificar a existência de uma resposta certa para todos os casos.

A resposta oferecida por Dworkin em *O Império do Direito* é singela e pobre se comparada ao enorme esforço filosófico que ele dedicará ao tema em *Justice for Hedgehogs*. Na primeira obra, ele se limita a mostrar como no caso McLoughlin seria possível formular um argumento persuasivo em favor de uma interpretação que afastava a contradição entre os princípios de simpatia (associado ao sentimento de dano sofrido pela autora da demanda) e responsabilidade (ligado ao deveres decorrentes para o autor do acidente que comunicou à autora que sofreu o choque de nervos) e reconhece haver entre eles uma relação de competição que poderia ser solucionada por meio da atribuição de prioridade de um princípio sobre o outro.

Ele assim constrói sua singela resposta ao enorme desafio filosófico que enxergava que devia ser enfrentado. Segundo ele: “A minha situação interpretativa é, portanto, a seguinte. Os constrangimentos do ajuste (fit) exigem de mim encontrar um lugar em qualquer interpretação geral de nossa prática jurídica para ambos os princípios mais gerais de simpatia e responsabilidade. Nenhuma interpretação que negue qualquer deles seria plausível; integridade não poderia ser atendida se qualquer deles fosse completamente descartado. Mas integridade exige alguma resolução do seu impacto competitivo em casos de acidente quando a responsabilidade ilimitada viesse a ser desastrosa, uma escolha que nossa prática não fez, mas que deve seguir, como um julgamento pós interpretativo, da minha análise. Integridade exige isso porque ela exige que eu continue a história geral (overall story), na qual dois princípios tem um lugar definido, na melhor forma, tudo considerado (all things considered). Em minha visão, isso é feito da melhor forma hierarquizando (ranking) o segundo princípio como prioritário em relação ao segundo, pelo menos em acidente de carro em que a responsabilidade por meio de seguro (insurance liability) está disponível privadamente em termos razoáveis (sensible terms). Eu estabeleço essa escolha porque acredito que apesar do impulso que existe por detrás de cada um dos princípios ser atraente, o segundo é mais poderoso nessas circunstâncias” (DWORKIN, 1986, p. 270)²⁹.

²⁹ Continua “This requires me to declare a certain number of past judicial decisions mistakes and to overrule these if my jurisdiction permits. But the number of decisions I must count as mistakes is neither so great nor of such fundamental importance, viewed from the perspective of legal practice as a whole, that disregarding them leaves me no solid foundation for the more general interpretation I have just described” (DWORKIN, 1986, p. 270).

Em *Justiça para Ouriço*, Dworkin procurará retomar os pressupostos gerais de sua teoria do valor, da objetividade e dos valores centrais da moralidade política, bem como a sua articulação com os princípios que regulam a vida ética dos indivíduos que constituem uma comunidade de princípios. Isso exigiu dele um novo livro de mais de 500 páginas cujos argumentos não caberia reconsiderar aqui.

Dworkin enfrenta ainda nesse denso e complexo capítulo algumas objeções gerais aos seus argumentos. Quatro delas mereceram a sua atenção especial. A primeira se refere à alegação de que no fundo a sua teoria nada mais seria do que uma forma disfarçada de expressão de opções políticas. O seu método não seria neutro e racional como se apresentaria ser. A isso Dworkin responderá que a formulação consequente de tal argumento dependeria da realização de um empreendimento interpretativo de tipo hercúleo, o que o tornaria auto refutável.

A segunda seria a de que Hércules seria uma fraude, visto inexistir uma resposta correta. Contudo, conforme visto, tal alegação somente seria plausível da perspectiva do ceticismo interno, que aceita o empreendimento interpretativo como meio legítimo para justificar a afirmação de que inexistente resposta certa.

O terceiro argumento é o de que Hércules é um mito, pois na realidade os juízes decidem seus casos de forma mais instintiva e uma racionalidade menos sofisticada. A resposta de Dworkin é a de que a atitude de Hércules é o tipo ideal do exercício de uma atividade interpretativa cuja gramática está presente na forma como atuam os juízes. A simplicidade aparente na forma como muitas decisões judiciais são tomadas (com base num protocolo simplificado) não eliminam o fato de que também estas estão apoiadas numa rede de convicções construídas interpretativamente. O mero fato de não terem sido objeto direto de maior elaboração filosófica que encontramos nos julgamentos de Hércules não nos impedem de observar que seguem a mesma gramática.

Por fim, Hércules seria um mito porque apresentaria uma teoria racionalizadora de uma realidade jurídica (KENNEDY, 1981; UNGER, 1996) marcada pelo conflito irreduzível entre princípios irreconciliáveis. Diversas críticas formuladas por juristas afiliados aos Critical Legal Studies Movement apresentaram críticas com este viés. Para Dworkin, pelas razões já expostas nesse comentário, a verdade de tal interpretação somente poderia se afirmada justificadamente após o empreendimento interpretativo, nunca *a priori*. Mas se ela é possível, apenas o é da perspectiva do cético interno, nunca do cético externo, já anteriormente analisado.

A riqueza e complexidade de *A integridade no direito* se manifesta de muitas formas. De alguma forma este capítulo sintetiza alguns dos principais argumentos da teoria dworkiana do direito e sua interpretação. Nele convergem tanto temas de epistemologia geral, teorias da verdade, teoria do sentido, interpretação em geral, como também de filosofia política. Isso faz dele um texto ambicioso e difícil frente ao qual o leitor apressado e sedento por boas orientações para uma dogmática da interpretação do direito deve refrear suas expectativas. É sempre bom lembrar que a leitura de um texto filosófico deve sempre levar a sério os pressupostos teóricos dentro dos quais

ele foi escrito (MACEDO JUNIOR, 2007, p. 5-41). Para levarmos Dworkin a sério não podemos economizar a leitura dos capítulos que o levaram até o capítulo VII.

THE INTEGRITY IN THE LAW AND THE HERCULES'S PROTOCOLS: COMMENTARY TO THE INTEGRITY IN THE LAW (LAW'S EMPIRE – CHAPTER VII)

Abstract: Ronald Dworkin is a central figure in the contemporary debate on legal theory both for the negative (or deconstructive) and positive dimension of his ideas. The chapter VII of his book *Law's Empire* is central for the understanding of the dworkinian theory of law, his positive contribution and alternative to legal positivism and legal pragmatism. The chapter is one of the most important and well-known texts about the protocols that should be followed by legal interpretation based on his theoretical ideas. This essay presents and analyses the philosophical assumptions involved in his interpretive approach to law, especially, the role of coherence, principles and public morality required by legal interpretation.

Keywords: Ronald Dworking; Law's empire; dworkinian theory.

Referências

- BERLIN, Isaiah. *Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. London: Weidenfeld and Nicolson, (1953),
_____. *Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, ed. Henry Hardy. London: John Murray, 1991.
- BOBBIO, Norbert. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DAVIDSON, Donald [1983]. "A Coherence Theory of Truth and Knowledge" DAVIDSON, Donald. On the Very Idea of a Conceptual Scheme (1974) p. 183-193, in Donald Davidson *Inquiries into Truth and Interpretation*. 2. ed. Clarendon Press Oxford, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1977.
_____. *A matter of principle*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985 (1985a).
_____. "How law is like literature", in DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1985. p. 146-166 (1985b).
_____. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986.
_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Hoboken, v. 25, p. 87-139, 1996 (1996a).
_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996 (1996b).
_____. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? *Estudios de Derecho*, Medellín, v. 64, n. 144, 15-36, dic. 2007.
_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A hipótese do legislador racional e a noção de justiça. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 6 n. 3, p. 21-410, maio, 2009.

- _____. O Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103-118.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1685-1778, 1976.
- KENNEDY, Duncan. *Critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.
- KENNEDY, David. Distributive and paternalistic motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 41, p. 563-658, 1981.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, Saraiva, 2013a.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural (textos em debate). *Cadernos Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 5-41, mar. 2007. Caderno especial. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2814/caderno%20direito%2016%20-%20revisado%20031207.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 mai. 2016.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*, Saraiva, no prelo, 2017. (2017a).
- MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience?* *Revista Direito FGV*, n.26, 2017b.
- MINDA, Gary. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. Nova York: NYU Press, 1995.
- NAGEL, Thomas. *The fragmentation of value, in mortal questions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a malsucedida busca da Teoria dos Princípios pelo seu Objeto, in CAMPOS, Ricardo (org.), *Crítica da ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social: ensaios traduzidos*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-96.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. Tradução G. E. M. Anscombe. Nova York: Macmillan, 1953, parágrafo 50.
- WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos, "Propósitos entrelaçados: o debate liberal comunitário"*, Ed. Loyola, 2003 pp. 197-220.
- TUSHNET, Mark. *Critical legal studies: a political history*. *Yale Law Journal*, New Haven, v.100, p. 1515-44, 1991.
- TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: an assault on human rights*. *Jean Monnet Working Papers*, n. 9, 2008.

- TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality: an assault on human rights. International Journal of Constitutional Law*, n. 7, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement. Harvard Law Review*, Cambridge, v. 96, n. 3, p. 561-675, 1983.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Nova York: Verso, 1996.
- _____. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. Nova York: Basic Books, 1983.
- WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *On certainty (Über Gewissheit)*. Editado por G. E. M. Anscombe e G. H. von Wright. Tradução Denis Paul e G. E. M. Anscombe. Nova York: Harper Torchbooks, 1972.
- YOUNG, James O. The coherence theory of truth. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Summer 2013 edition. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/truth-coherence/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.
- ZIPURSKY, Benjamin. *Legal coherentism. Southern Methodist University Law Review*, v. 5, n. 50, p. 1679-1720, Dallas: 1997.

Recebido: 30.11.16.
Aprovado: 29.12.16.