RESENHA CRÍTICA

DWORKIN, Ronald. **O IMPÉRIO DO DIREITO**, tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

*Claudete de Souza**

A partir da metade do século XX este jus-filósofo produziu extensa obra, sendo ainda hoje considerada patrimônio dos mais representativos para a Teoria do Direito. Ronald Myles Dworkin, nasceu em Worcester, Massachusetts, em 11 de dezembro de 1931 e faleceu em Londres, aos 14 de fevereiro de 2013. Seu vasto conhecimento estendia-se, principalmente, pela Filosofia Política, Epistemologia e Filosofia Moral e Direito Constitucional, tendo influenciado muitas gerações de juristas, em todo o mundo, pela diversidade de temas contemporâneos que abordou em sua rica produção literária.

Dworkin teve como primeira formação a Filosofia, tendo sido aluno de vários intelectuais de destaque na história da Filosofia e, posteriormente e da mesma forma, no campo do Direito. Na vida jurídica foi estagiário de um renomado juiz americano, Learned Hand, o qual Dworkin avocou como seu paradigma, reconhecendo que este exerceu forte influência na elaboração de seus próprios convencimentos jurídicos.

* Mestre em Direito pela Unimes – Universidade Metropolitana de Santos, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Bacharel em Ciências Políticas e Sociais, pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Advogada, Professora de Direito Civil na Universidade Metodista de São Paulo.

Dworkin trabalhou como advogado, após a conquista de sua licença, em 1959 e, já em 1962 teve início sua brilhante carreira no magistério jurídico, aposentando-se em Oxford e prosseguindo como brilhante divulgador de ideias filosófico-políticas nas melhores Universidades da Inglaterra e EUA. Sua contribuição a esses dois universos (Filosofia e Direito) foi tão importante graças, também, a facilidade que tinha em traduzir assuntos complexos em linguagem simples e acessível. Aquele que, sugestionado por esta simples resenha, sentir necessidade ou curiosidade de constatar esta afirmação, poderá ratificá-la após leitura das obras apontadas nas referências bibliográficas.

Defensor dos direitos humanos, democrata e liberal progressista, Dworkin construiu, em seus 81 anos de vida, um legado inestimável em defesa da justiça, dos direitos humanos e dos temas morais.

A principal motivação que nos leva a, modestamente, resenhar “O Império do Direito”, advém da expectativa em conquistar alguns dos leitores, levando-os a conhecer a rica produção deste jus-filósofo. Em segundo lugar, este autor e obra nos provoca especial simpatia pelos preceitos nela disseminados, ainda que somente no campo da teoria jurídica. Nos restringiremos a apreciar apenas alguns dos aspectos mais significativos deste livro, sobre os quais tentaremos fazer, naquilo que entendermos plausível, uma singela analogia com o Direito Brasileiro.

É certo que não se pode avaliar isoladamente este volume de Dworkin, editado em 1986. Sua produção literária era alinhavada uma à outra, construindo um raciocínio que exige que busquemos, no antecedente, conceitos que elucidarão a edição posterior. Portanto, traremos nesta resenha, elementos e conceitos firmados anteriormente em duas de suas obras, qual seja, “*Levando os direitos a sério*”, de 1977, e “*Uma questão de princípio*”, de 1985.

Deve ser lembrado que ao fazer suas ponderações em “O Império do Direito”, o autor considera o sistema jurídico *Common Law* vivenciado por ele tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, países onde atuou com igual intensidade, ao passo que nossa analogia será estabelecida tendo como base o sistema romano-germânico, aplicado no Brasil, onde a lei escrita é a fonte de Direito preponderante.

Dworkin tinha uma posição **crítica ao Positivismo**, colocação pela qual também nutrimos afinidade. Abre-se um pequeno parênteses, para a necessária distinção entre o Positivismo, enquanto corrente de pensamento filosófico-sociológico-político, surgido em meados do século XIX na França, resumida na crença de que o único conhecimento verdadeiro é o científico, distinguindo-o do Positivismo Jurídico, que é fundamentado na ideia que o direito posto, o direito positivo é o verdadeiro, já que representa a expressão da vontade humana. Ou seja, a lei escrita, positivada, deve ser aplicada no caso concreto, já que foi legislada pela vontade da sociedade, presumindo-se que cumpra o que o cidadão anseia e busca.

O Positivismo Jurídico impõe que o Direito seja exercido de forma objetiva, baseado apenas e tão somente em fatos reais e científicos. Tudo o que fugir a essa curta compreensão de imposição ao que é estabelecido nas regras jurídicas, deve ser repellido pela Ciência Jurídica como passível de apreciação, segundo essa teoria. Repele, por conseguinte, que possa haver qualquer consideração a intervenção natural ou divina quando da aplicação das normas que regem uma sociedade. O direito posto é o direito escolhido pela sociedade. Por conseguinte, é ele, o direito positivado, que deve ser aplicado nas decisões, em sua forma pura e literal.

Apesar do *common law* não ser o sistema vigente no Brasil, é certo que o direito pátrio vem, a partir das duas últimas décadas, instalando o costume jurisprudencial como parte do direito positivo. Fato é que, a partir do evento

“Súmula Vinculante”, estabelecida pela Lei 11.417/2006, a Constituição Federal Brasileira teve acrescido um artigo, o de no. 103-A, tornando-a de obrigatória apreciação pelos três poderes. Assim, os julgamentos proferidos pelos Tribunais brasileiros estão obrigados, compulsoriamente, a julgar no mesmo sentido da súmula vinculante, ainda que os juízes e magistrados que decidem não estejam totalmente convencidos de que assim deva ser, em um determinado caso concreto. Nesse sentido entendemos, s.m.j., que o Brasil vive uma fase intermediária entre a aplicação do Direito romano-germânico e do *common law* e, por isso, ousamos traçar as comparações aqui apresentadas.

Adentrando, efetivamente, na obra resenhada encontramos, nas primeiras linhas do Prefácio, a síntese do que é tratado e criticado não só no título, como em todas as suas 513 páginas, distribuídas em 11 Capítulos. Senão, vejamos:

Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito. (Prefácio, p. XI)

O judiciário cria as leis. Prosseguindo, Dworkin afirma que, diferentemente do que se supõe, nem sempre são os legisladores que criam, traçam ou delimitam as leis, mas sim o Poder Judiciário, daí uma das razões do título escolhido, qual seja “império do direito”. Isso porque, conforme sua tentativa de responder a indagação do que é o direito, o autor afirme que ao procurar a justiça para a solução de seus conflitos, “...As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”. (p. 3) Sua crítica, nesse sentido, é que

os súditos curvam-se a determinação desse aceno de cabeça do juiz, mas que estes (os juizes), obedecem a mandamentos abstratos e/ou ambíguos. Nesse ponto, Dworkin elabora sua crítica com muita propriedade, pois foi Presidente da Corte de E. Warren (1953-1969 - considerada um paradigma para a jurisdição constitucional não só americana, mas de todo o mundo) e, embora tenha chocado alguns de seus colegas de magistratura, afirma que normalmente o Direito seria aquilo que o juiz tomou no café da manhã.

No mesmo sentido, mas não estabelecendo uma discussão semântica, temos vivenciado um Brasil que, na figura do Supremo Tribunal Federal se adequa com perfeição a esse raciocínio crítico do autor. Muitas leis legisladas e vigentes. Algumas decisões totalmente contrárias ao que ordena a lei, sugestionadas por poderes políticos e determinadas pelo simples aceno de cabeça de juizes ou de magistrados:

Uma decisão política provoca injustiça, por mais equitativos que sejam os procedimentos que a produziram, quando nega às pessoas algum recurso, liberdade ou oportunidade que as melhores teorias sobre a justiça lhes dão o direito de ter. (p.218)

Vale, essa nossa citação, como proposta a uma reflexão mais aprofundada sobre o que acima se expõe...

Interpretação do direito. Já que “a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma”, entende o autor ser imprescindível que se construa, em cada julgador, uma linha de raciocínio correta e moral que permita julgar os casos mais complicados ou difíceis (*hard cases*) seguindo, necessariamente, três fases: de início entende ser preciso que se estude, com precisão e sem prejulgamentos, a casuística, isto porque não há dois casos concretos que ocorram exatamente sob as mesmas condições; em seguida deve haver identificação das questões jurídicas que subsumirão perfeitamente a este caso específico; na terceira fase, se as duas anteriores forem

executadas a contendo, poder-se-á chegar ao direito justo, com decisão fundamentada e fiel aos preceitos morais.

Quanto aos **princípios do direito**, dada sua importância, tanto no sistema *common law*, quanto no romano-germânico, Dworkin guarda um padrão conceitual a respeito dos mesmos muito semelhante ao disseminado em nosso Direito pátrio. Colacionamos a noção de “princípio” exaurida de palavras do autor, que explicitam ser o direito uma integridade que necessita da interpretação de suas regras e dos princípios, posição da qual coadunamos. Com relação aos princípios, observa o autor:

Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (*Uma questão de princípio*, p. 36.) ¹

Assim, quando o juiz tem um caso difícil pela frente e, havendo colisão dos princípios que regem aquela demanda, deve haver ponderação e arrazoada percepção, por parte do julgador, distinguindo qual a dimensão e importância dos princípios do direito que seriam mais adequados àquela decisão, já que estes, como são uma aproximação entre o direito e a moral, ocupam lugar definitivo na resolução dos “*hard cases*”.

Com relação às normas, se estas colidirem entre si deve-se empregar as regras de antinomia, já bem traçadas: aplica-se, em primeiro lugar, a regra de autoridade de grau superior; em seguida, observa-se a regra mais recente e por fim, a mais específica. (*Levando os direitos a sério*, p. 43)

¹ Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-7)

Convencionalismo. Um pensador convencionalista se vale da versão interpretativa dos positivistas; para este (positivista), o direito é o que é e não o que deveria ser. Um juiz convencionalista entende que deve aplicar o direito positivo tal qual está posto, independentemente de sua própria ética. (p. 141, ss). Os direitos do cidadão discutidos hoje terão soluções tais quais no passado tiveram, observando as convenções do passado, desconsiderando as mudanças sociais, a evolução jurídica etc:

Um juiz consciente...deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro. (p. 159, ss)

Dworkin faz severa crítica ao convencionalismo, entendendo que os casos a serem julgados hoje devem ser observados levando-se em conta o contexto histórico, desconsiderando a apreciação literal das decisões passadas que podem não corresponder com o direito presente, observando-se, sempre, os princípios além dos interesses da sociedade para a qual a lei aplicada foi legislada.

Concepção do Direito como integridade. Dworkin propõe que o Direito, ao julgar um caso concreto, deve ser interpretado como um todo, como um exercício que vislumbre coerência de todo um sistema que engloba não só os precedentes, mas também as convenções jurídicas postas e os valores da sociedade na qual é aplicado. Ratifica com as palavras: "...a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos". (p. 203)

Divide as "exigências da integridade" em dois princípios:

O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o

que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente neste sentido... [] os juizes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. (p. 203)

Ao entender o direito como integridade, esse exercício tem início no presente e só buscará o passado quando o caso concreto, atual, assim o exigir.

Faz, a seguir, uma bela analogia sobre o que entende ser uma interpretação construtiva, ao assegurar que os juizes devem se considerar autores e críticos de um “romance em cadeia” (p.275, ss), como se, na prática da interpretação do Direito, tomassem acento como romancistas que deverão escrever um romance em série.

Esses “romancistas” deverão elaborar toda a única criação em conjunto, considerando com seriedade suas responsabilidades de dar coerente continuidade a cada um dos capítulos, como se o “romance”, em sua integralidade fosse criado por um só autor, imbuindo ao “romance unificado” a melhor qualidade possível. “Deve criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”. Crítica ferrenha, mas pertinente:

O direito como integridade pede que os juizes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa, segundo as mesmas normas. (p. 291)

Esta necessidade de visão de conjunto proposta por Dworkin talvez se deva ao fato que os Estados Unidos da América configurem-se como Federação, o que impõe aplicar direi-

tos regionalizados, ou seja, as regras de direito são diferentes em cada um dos Estados, o que dificulta muito a aplicação da integralidade proposta. Havendo dificuldade em se incorporar essa integralidade que requer o direito justo, buscam-se os princípios na Suprema Corte e na Constituição Federal.

Nosso autor cria a figura do Juiz Hércules, que tem a tarefa (hercúlea) de buscar a aplicação do direito como integridade, aplicando ao caso analisado a equidade que a comunidade entenda plausível e não a “sua” concepção de equidade. A opinião pública, portanto, prepondera na visão de Dworkin, na busca da justiça verdadeira. No caso de Hércules encontrar contradições que tornem inviável a aplicação dos métodos que o levem ao direito como integridade, deverá se pautar nos princípios dominantes, pois estes serão a expressão da vontade da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O questionamento inicial de Dworkin, trazido como título do primeiro capítulo “O que é o direito?”, é repetido no encerramento de sua obra (p.492), frisando que o significado do direito jamais será esgotado por alguns conceitos ou princípios. Vai mais longe ao esclarecer que o direito “É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios...”.

Dessa forma, deixa bem claro a importância dos princípios e o imprescindível compromisso do juiz, que deve exercer o direito integralmente escrevendo, a cada decisão, um capítulo na história do direito, que deve estar absolutamente consonante com o anterior, como se tivesse sido escrito por uma só mão. Manter inconformismo ante a imposição castadora de regras positivadas ou de precedentes que retirem dele a atitude interpretativa e auto reflexiva, é outra atitude indissociável do juiz.

Com relação ao princípio, este é colocado acima da prática do direito, pois só ele pode indicar o caminho mais

adequado para que se vislumbre um futuro melhor quanto a sentenças justas.

Finaliza, na mesma página, informando que “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”.

Apesar de todas as críticas sofridas por Dworkin pelos conceitos trazidos nesta obra, que não é a considerada como principal na somatória de sua criação, mas escolhida pela riqueza de análise teórica, entendemos que suas colocações são perfeitas se considerarmos o Direito apenas como teoria.

Adequada sua interpretação, quando afirma que as decisões judiciais devem se dar considerando o direito contemporâneo, em primeiro lugar, pois é neste que estão contidos os valores vivenciados pela sociedade atual. Uma sentença justa é baseada em valores vigentes hoje e não no passado.

Acertado, segundo nosso juízo, o posicionamento que o Direito é uma construção, realizada por muitos intelectos, que necessita ser considerada como um único valor, como um único sistema, por todos aqueles que o interpretam e aplicam, refletindo, acima de tudo, os princípios que devem estar nele impregnados.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Obra integral “O império do Direito”, disponível para download em: <https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/020-o-imperio-do-direito-ronald-dworkin.pdf>