

MORAL, POLÍTICA E DIREITO

O império do direito, *de Ronald Dworkin*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 514 pp.

Leonel Cesarino Pessoa

Quando a opinião pública se pronuncia sobre questões jurídicas controversas, podemos identificar, segundo Dworkin, dois tipos de manifestação.

Para os conservadores, os juizes "devem sempre, a cada decisão, seguir o direito em vez de tentar aperfeiçoá-lo. Eles podem não gostar do direito que encontram, mas ainda assim devem aplicá-lo", e não submetê-lo a "seus objetivos ou opiniões políticas". Os progressistas, por sua vez, vêem o juiz rígido e "mecânico" como o mau juiz, "que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem", e o bom juiz como aquele que "prefere a justiça à lei" (p. 11). Para

Dworkin, no entanto, por trás dessas duas linhas de manifestação existe uma única visão acerca do direito: advogados e juízes estariam de acordo com relação a seus fundamentos, e nessa matéria as "divergências teóricas" seriam uma ilusão. Quando os operadores do direito divergem, estariam divergindo não sobre o que o direito é, mas sobre o que deveria ser: sobre questões de moral e política, e não de direito. Essa visão — também partilhada, segundo Dworkin, pela maioria dos filósofos do direito — ele nomeia como a do "direito como simples questão de fato", e no plano teórico identifica as teorias (positivistas) de John Austin e, especialmente, de Herbert Hart como suas representantes mais influentes, designando-as como "teorias semânticas do direito".

Em *O império do direito*, Ronald Dworkin tem dois objetivos fundamentais: em primeiro lugar, fazer a crítica da visão do direito como simples questão de fato, mostrando como, ao contrário do que sustentam seus defensores, existe sim divergência teórica em direito, para em seguida "criar e defender uma teoria particular sobre os fundamentos apropriados do direito" (p. 15). A discussão acerca da divergência teórica em direito empreendida pelo autor norte-americano pode ser apresentada a partir de um caso concreto por ele examinado já em *Taking rights seriously*, de 1978.

Elmer assassinou o avô, em Nova York, em 1882. O testamento deste lhe era favorável e Elmer desconfiava que o avô, que se casara novamente, pudesse alterá-lo. Como o direito em vigor naquela época não dispunha explicitamente sobre se uma pessoa citada em testamento poderia ou não herdar caso tivesse assassinado o testador, o problema que se apresentou foi o de saber se, mesmo tendo assassinado o avô, Elmer deveria ficar com a herança ou se ela deveria ficar com os herdeiros residuais, as filhas do avô.

À época, duas soluções diferentes foram apresentadas. O juiz Gray defendia uma solução mais aceita naquele tempo que hoje em dia: a assim chamada interpretação "literal", conforme a qual aos termos de uma lei deve ser atribuído seu significado acontextual, isto é, nenhuma ressalva dependente do contexto de seu uso deve se fazer aos termos dos dispositivos legais aplicáveis. Ora, como não era possível encontrar em tais dispositivos nenhuma ressalva à possibilidade de aquele que assassina o testador herdar normalmente, o voto desse juiz foi

favorável a Elmer. Se não tivesse sido, sustentou o advogado de Elmer, o juiz estaria alterando o direito por suas próprias convicções morais.

O juiz Earl, por sua vez, defendeu uma solução contrária. Segundo ele, dever-se-ia dar grande importância tanto às intenções do legislador como ao contexto histórico e aos assim chamados "princípios gerais do direito". A partir disso ele sustentou que seria absurdo pretender que os legisladores de Nova York, ao aprovarem a lei em questão, estivessem querendo legitimar atitudes como a de Elmer, e que a lei deveria ser interpretada de modo a ajustá-la aos princípios de justiça que perpassam todo o direito. Como em outros contextos o direito respeita o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de seu próprio ilícito (*profit from his own wrong*), esse mesmo princípio também deveria prevalecer em vista da lei sucessória.

Por que o ponto de vista do direito como simples questão de fato não dá conta do exemplo analisado? Segundo Dworkin, o caso mostra que não se estava divergindo sobre se os juízes deveriam "seguir a lei ou adaptá-la, tendo em vista os interesses da justiça" (p. 25). Ao contrário, ambas as posições pretendiam que sua solução fosse conforme à lei e ao direito, mas os seus respectivos argumentos apontam para uma controvérsia que se dá num outro nível, em torno dos valores e pressupostos subjacentes às diferentes interpretações. Se no caso do juiz Earl a referência a valores é nítida quando ele sustenta que a decisão deve ser coerente com o ordenamento como um todo e com os princípios de justiça que estão no seu fundamento, também o voto do juiz Gray não é puramente mecânico (ou inspirado na teoria do direito como simples questão de fato): em conformidade com os valores e pressupostos desse voto, talvez fosse mais sábio assegurar a interpretação literal, pois assim estar-se-ia assegurando aos testadores a confiança de que seriam respeitadas quaisquer disposições que fizessem. Essa controvérsia, Dworkin chamou de "divergência teórica em direito".

Na prática jurídica cotidiana esse tipo de divergência é bastante comum, porque, em geral, duas ou mais posições conflitantes apresentam-se com a mesma pretensão de validade. Essas divergências, no entanto, não são fortuitas e um dos méritos deste livro está justamente em tê-las organizado num quadro geral em torno de três concepções interpretativas — *convencionalismo*, *pragmatismo* e *direito*

como integridade —, que desenvolvem um mesmo conceito básico sobre o que é o direito mas articulam de maneira diferente a moral, a política e o direito. O conceito é o seguinte: "o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores de tipo adequado" (p. 116). Três perguntas elaboradas a partir do conceito são um bom fio condutor para a apresentação das diferentes concepções, i) Justifica-se o elo entre direito e coerção? Direito só existe (só faz sentido falar em direito) em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrem de decisões anteriores? ii) Se tal sentido existe, qual é ele? Ou seja, por que o direito só é direito em função de decisões anteriores? iii) Qual leitura do decorrer das decisões anteriores é a mais apropriada?

A primeira das concepções, o *convencionalismo*, responde afirmativamente à primeira pergunta, aceitando a idéia dos direitos e deveres jurídicos. Na sua formulação teórica, admite que o direito nunca é completo (Dworkin discorre também sobre uma concepção leiga do convencionalismo, segundo a qual o direito não tem lacunas) e acrescenta: "os juízes devem decidir esses casos novos da melhor maneira possível, mas, por definição, nenhuma parte tem nenhum direito a obter ganho de causa em virtude de decisões coletivas precedentes" (p. 142). Em resposta à segunda pergunta, sustenta que o sentido da vinculação ao direito está esgotado pela previsibilidade e pela equidade processual. As decisões políticas do passado justificam a coerção quando estão fundadas em fatos simples e acessíveis a todos, e não em apreciações subjetivas de moral política que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso. Trata-se do ideal das "expectativas asseguradas". Em resposta à terceira pergunta, propõe uma exposição nitidamente restrita da forma de coerência que deveríamos exigir a propósito das decisões anteriores: um direito ou responsabilidade só decorre das decisões anteriores se estiver explícito nelas.

A segunda concepção, o *pragmatismo*, se apresenta como uma concepção cética do direito. Responde, assim, negativamente à primeira pergunta: nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com decisões políticas tomadas no

passado. Alternativamente, os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si próprio. O pragmatismo aceita, assim, considerações diferentes e mesmo antagônicas de ordem moral e política sobre o que seria a melhor comunidade futura. Em resposta à segunda questão, essa concepção, segundo Dworkin, "encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou virtude de qualquer decisão atual" (p. 185). Como, no entanto, a civilização seria impossível se as pessoas não acreditassem num poder coercitivo para o caso de violação de direitos, o pragmatismo recorre à estratégia do "como se": os juízes agem como se as pessoas tivessem direitos.

Finalmente, a terceira concepção, *direito como integridade*, aceita sem reservas o direito e as pretensões juridicamente asseguradas, mas responde à segunda pergunta de modo muito diferente: supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual (que seria a resposta do convencionalismo), mas, nas palavras de Dworkin, "por assegurar um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce" (p. 120). Com relação à terceira questão, "sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa" (p. 120).

Para Dworkin, essa última concepção não apenas explica melhor que as duas anteriores aquilo que fazem advogados, professores e juízes, como também é recomendada a esses mesmos operadores como a melhor entre as interpretações da prática jurídica. À discussão sobre seu funcionamento — que é conduzida de forma mais detalhada que as relativas às outras concepções — Dworkin dedica toda a segunda metade do livro.

Isto posto, cabe ressaltar a importância da tradução desta obra ao português. O fato de se tratar

CRÍTICA

de um clássico da literatura jurídica internacional, e de aparecer como marco num conjunto de obras publicadas nas últimas décadas que procuraram aproximar o direito da moral e da política e retomar a reflexão sobre as relações entre esses campos, já seria mais que suficiente para aplaudir sua publicação num outro idioma. No caso do Brasil, a tradução ganha importância ainda maior. Como por aqui a *pureza* da Teoria do Direito de Kelsen ainda hoje é o referencial fundamental da maior parte daquilo

que se escreve no âmbito dos diversos direitos positivos, a discussão dos temas lançados neste livro poderá contribuir para a investigação de um modelo alternativo a partir do qual se possam construir critérios para avaliar tanto as leis como as decisões judiciais.

Leonel Cesarino Pessoa é doutor em Direito pela USP e pesquisador do Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap.