

O IMPÉRIO DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Lutiana Nacur Lorentz*

SUMÁRIO

- 1 - O QUE É O DIREITO**
- 2 - OS CASOS DIFÍCEIS**
- 3 - O DIREITO À LUZ DO CONVENCIONALISMO, OU ORIGINALISMO - TRÊS CORRENTES PRINCIPAIS**
- 4 - CRÍTICAS DE DWORKIN AO CONVENCIONALISMO**
- 5 - O DIREITO À LUZ DO PRAGMATISMO, OU UTILITARISMO - TRÊS CORRENTES PRINCIPAIS**
- 6 - CRÍTICAS DE DWORKIN AO PRAGMATISMO**
- 7 - O DIREITO COMO INTEGRIDADE**
- 8 - SÍNTESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**
- 9 - CRÍTICAS AO DIREITO COMO INTEGRIDADE**
- 10 - CONCLUSÕES**
- 11 - INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS**

1 - O QUE É O DIREITO

Este artigo visa não só a apresentar uma resenha do livro *O Império do Direito* de Ronald DWORKIN, mas também a expor as diversas críticas que a doutrina apresenta contra as teorias construtivistas do autor.

Inicialmente, DWORKIN assevera que tanto a lei quanto de forma mais ampla o Direito governam a vida de todos e que, assim, a população seria, na verdade, constituída de verdadeiros súditos do império do direito.

Porém, o autor questiona como pode o direito mandar na vida dos cidadãos quando seus comandos são dúbios, ou ambíguos, ou muito abstratos. Ele chama esses casos de *hard case*, ou casos difíceis.

Responde a tal questionamento, afirmando que, através de uma estrutura formal de raciocínio, é possível construir uma resposta certa dentro desses chamados “casos difíceis”.

O autor afirma que, ao contrário do que declaram tanto as escolas utilitaristas/pragmatistas quanto os convencionalistas/originalistas, sempre, em todos os casos (concretos), existe uma única resposta correta, que pode estar, ou não, na lei, mas que sempre se liga à moral e aos valores da comunidade, da fraternidade e do respeito mútuo.

Neste sentido, o direito nem sempre é construído pelos legisladores, sendo que, principalmente, nos casos difíceis, o judiciário pode ter um papel até mais importante do que o do legislativo, porque é ele quem irá dizer qual é o direito.

* Mestranda em Direito Processual - PUC/MG. Procuradora do Trabalho.

Assevera que, freqüentemente, inclusive, o direito torna-se aquilo que o juiz afirma ser, daí a imperiosa necessidade de desenvolvimento da construção de uma linha de raciocínio correta para se decidir os casos difíceis.

Na verdade, talvez o autor esteja fazendo uma crítica à Suprema Corte Americana do período chamado “Corte de E. Warren”, que foi seu presidente durante um bom tempo e que chegou a afirmar que o direito seria aquilo que o juiz tomou no café da manhã.

DWORKIN discorda desse realismo (extremo, por sinal) e pretende desmistificar, reitere-se, tanto as afirmações realistas quanto convencionalistas, apresentando um novo sistema de interpretação.

Na construção desse sistema entende que é necessário percorrer-se três etapas, na construção da decisão correta, no processo judicial.

A primeira fase seria a identificação das questões fáticas, a segunda de identificação das questões jurídicas, do direito que se aplica ao caso afeto, concreto, e a terceira de verificação de fundamentos ligados a questões de moralidade e fidelidade, ou seja, a procura de um direito justo.

O autor parece não ter se preocupado em desvendar “o como” o juiz deve decidir as questões fáticas, mas, sim, preocupou-se com a visão mais interna do direito, ou seja, a prática argumentativa. Essa sim é objeto de busca de seus esclarecimentos.

2 - OS CASOS DIFÍCEIS

DWORKIN afirma que os casos difíceis, ao contrário do que asseveram os originalistas, são muito mais do que divergências de questões fáticas, ou de discricionariedade, na falta da norma.

A questão não seria nem de interpretação literal, nem teleológica, mas sim de construção da melhor interpretação por via dos princípios aplicáveis ao caso, extraídos do todo do direito, assim, seria uma questão de coerência do próprio sistema jurídico.

Aponta, como exemplo de casos difíceis, o caso Elmer, Nova York, em 1882¹. Nesse caso, Elmer herdaria do seu avô, porém, como o avô tinha se casado novamente, ele, com medo que seu avô deixasse a herança à nova mulher, resolve assassiná-lo.

Mais tarde, ficou provado tanto o assassinato do avô por Elmer quanto suas intenções, ele foi preso, mas ficou pendente a seguinte questão: poderia o assassino herdar de sua vítima? Elmer herdaria do avô por ele assassinado?

O caso era difícil, porque pelas leis, de fato, Elmer seria o herdeiro, mas, obviamente, tal solução não era justa.

A Suprema Corte Americana decidiu que Elmer não poderia herdar, porque ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza, porém o juiz Gray prolatou seu voto vencido, no sentido de que ninguém pode ser apenado, duas vezes, pelo mesmo crime e que a lei previa, no caso, pelo direito de sucessão, que Elmer herdasse.

¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 20-25.

DWORKIN concorda com tal decisão da Suprema Corte e a explica através de sua teoria de direito integridade, que explica os fundamentos das decisões através de sua busca dentro dos princípios presentes não só na norma aplicável (no caso Elmer, no direito sucessório), mas também dentro da integridade do sistema jurídico como um todo, ou seja, dentro da coerência do todo do direito.

No caso, tal integridade sistêmica do direito foi construída pela aplicação do princípio citado de que ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza.

Assim, a questão núcleo da construção da decisão correta não é nem de fidelidade (convencionalismo, ou originalismo), ou seja, simplesmente aplicar cegamente a lei, nem de reparação, no sentido de “inventar” lei (pragmatismo, ou utilitarismo). A questão é de integridade, de buscar-se a coerência do sistema como um todo, através de um princípio aplicável ao caso.

Além desse *hard case*, o autor aponta outros ricos exemplos, tais como: caso Snail Darter, Tennessee, 1973; caso Macloughlin contra O’Brian, Inglaterra, 1983 e o caso Brown contra Board of Education, Topeka, 1954.

Todos esses casos envolvem dissensão não somente sobre questões fáticas, empíricas, mas sim sobre os reais fundamentos do direito a ser aplicado, e da conseqüente justificativa para a decisão, ou seja, sobre teorias semânticas do direito, que visam a esclarecer o real significado deste.

3 - O DIREITO À LUZ DO CONVENCIONALISMO, OU ORIGINALISMO - TRÊS CORRENTES PRINCIPAIS

DWORKIN, de uma forma geral, expõe que a corrente convencionalista, ou originalista, tem seu eixo central fulcrado na interpretação do direito baseada na obediência às convenções jurídicas, porém sob três enfoques diversos.

O enfoque da primeira fase dessa corrente que é o convencionalismo gramatical, ou restrito, que pretende apoiar - se numa interpretação através de uma leitura literal dos textos jurídicos. Para essa interpretação essa seria a vontade dos legisladores, que poderia ser buscada, inclusive, através de consulta aos anais dos legisladores, à exposição de motivos da lei, etc.

A segunda corrente do convencionalismo é bem mais sofisticada, defendida, dentre outros, por John HART ELY².

Tal corrente, *grosso modo*, nos limites que comporta esta resenha, poderia ser sintetizada como aquela que defende que cabe ao judiciário fazer uma leitura da lei visando a proteger as minorias pelo judiciário, porque as maiorias já estariam devidamente protegidas pelas leis do legislativo, que refletem a vontade delas.

Finalmente, a terceira corrente do convencionalismo é ainda mais sofisticada, sendo que seus seguidores afirmam que é necessário que seja feita a interpretação de acordo com a lei, a Constituição, principalmente, entretanto, “atualizando-se” a vontade dos legisladores para a época do caso a ser decidido.

Assim, por exemplo, na 14^a Emenda à Constituição da América, foi prevista a igualdade perante a lei. Tal Emenda é capaz de assegurar igualdade entre homens e mulheres?

² Ob. cit., p. 431.

Para a terceira corrente do convencionalismo, na atualidade, tal pergunta poderia ser respondida da seguinte forma: se a vontade dos legisladores fosse atualizada, poderia concluir-se também que é assegurada a igualdade entre homens e mulheres, porque, na época da Emenda, as mulheres só não foram incluídas no conceito de igualdade, porque o conceito de “mulher” não era distinto nem do conceito de “homem”, e nem do de família.

Por fim, na falta de convenções jurídicas, o convencionalismo admite que o juiz decida por sua discricionariedade, criando, assim, o precedente que vincularia futuros julgamentos.

4 - CRÍTICAS DE DWORKIN AO CONVENCIONALISMO

O autor critica a vinculação dos juízes, no convencionalismo, às decisões anteriores, porque estas nem sempre são as melhores e poderiam impedir o juiz de proclamar a melhor interpretação possível³.

Critica também que, na falta de convenções jurídicas (normas ou precedentes), o convencionalismo admite que o juiz decida através de sua discricionariedade, porque argumenta que, muitas vezes, faltam convenções jurídicas explícitas, mas elas existem na dimensão implícita, o que, por si só, já afastaria a discricionariedade.

Também argumenta que nada garante que as convenções jurídicas sejam justas, citando como exemplo as leis do Nazismo. Elas existiam, mas só eram reconhecidas, não pela aceitação geral da comunidade, mas sim, muitas vezes por medo.

A crítica do Autor à busca da vontade dos legisladores também se dá no sentido de que uma lei nunca é feita só pelos legisladores, nesse sentido seria preciso também buscar-se a vontade do chefe do executivo, que sancionou a lei, dos assessores que, muitas vezes, fazem as leis e até dos grupos de pressão que influenciaram os membros do congresso.

E mais! Os convencionalistas teriam de buscar (tanto quanto os historicistas) a vontade de todos os legisladores posteriores que não quiseram nem alterar, nem revogar aquela lei.

Ou seja, DWORKIN mostra a inutilidade do método do historicismo e defende coisa diversa, ou seja, não verificar a vontade do legislador, no momento em que a lei foi feita, sob o signo tanto de outro paradigma quanto de outras vontades da comunidade, mas sim a verificação do histórico legislativo, isto é, a história da comunidade legislativa, desde que foi feita a lei até o momento da decisão, este, sim, o momento atual.

Finalmente, afirma que o convencionalismo, ao verificar apenas a convenção jurídica aplicável ao caso (lei ou precedente), simplesmente, ignora o resto do direito, principalmente os princípios jurídicos, o que não torna a decisão coerente, em termos do “todo do direito”.

Nessa linha de raciocínio, cita o caso Elmer, que foi além dos simples textos de lei, ou precedentes, e buscou uma interpretação harmônica com o ordenamento jurídico, considerado de forma coerente, integral.

³ Ob. cit., pp. 141-184.

5 - O DIREITO À LUZ DO PRAGMATISMO, OU UTILITARISMO - TRÊS CORRENTES PRINCIPAIS

O pragmatismo, ou utilitarismo, como a própria terminologia já indicia, preocupa-se com o lado prático da aplicação do direito⁴.

Para os seguidores dessa linha, nem as decisões proferidas no passado são tão importantes, nem as convenções jurídicas, ao contrário do que ocorre no convencionalismo.

Assim, o juiz fica livre não só da “mão morta do passado”, mas também tem uma grande liberdade de decisão (realismo), sendo que numa versão, bem radicalizada, o direito pode ser concebido, como já foi citado antes, conforme E. WARREN, como aquilo que o juiz tomou no café da manhã.

O juiz, no pragmatismo, age sempre “como se” a pessoa tivesse o direito descrito nas convenções jurídicas.

O eixo central do pragmatismo, como uma concepção interpretativa do direito, é no sentido de que as decisões sejam tomadas de acordo com o que é melhor para a sociedade.

Assim, na verdade, o pragmatismo sempre tem os olhos voltados para o futuro, como base de interpretação do direito, ao contrário do que ocorre no convencionalismo, que sempre tem sua visão voltada para as decisões do passado.

O pragmatismo pode ser, também, *grosso modo*, nos limites que essa resenha permite, dividido em três grandes correntes.

A primeira é um pragmatismo baseado numa teoria econômica do direito, como técnica de interpretação, deve verificar qual decisão será, no futuro, menos dispendiosa, financeiramente, para a comunidade.

É a chamada “teoria econômica do direito por danos involuntários”.

A segunda, chamada de estudos críticos do direito, é uma versão mais radical adotada, dentre outros, por Richard A. POSNER, um grande crítico de DWORKIN.

Tal corrente afirma que é impossível, dentro de um sistema liberalista, como é o Americano, uma coerência tanto de princípios quanto de interpretação, logo, na impossibilidade de qualquer integridade jurídica, a solução é dar um amplo poder de decisão ao juiz. É o realismo radicalizado.

Por fim, a terceira corrente é a mais sofisticada, adotada, dentre outros, por Cass R. SUNSTEIN⁵.

SUNSTEIN, ao contrário de Posner, afirma que não é o caso de combater-se a integridade do direito, esta, talvez, seja até possível.

Porém, o melhor para a comunidade, como um todo, numa visão voltada para o futuro, é que as decisões dos casos concretos não sejam estendidas a outros casos, porque isso impediria tanto a perpetuação de uma decisão errada quanto preservaria mais o sistema Federalista e democrático (ou seja, respeitaria a autonomia dos estados de fazerem suas leis).

⁴ Ob. cit., pp. 185-212.

⁵ SUNSTEIN, Cass R. *Supreme Court*, 1995, *Term, Fore Word: Leaving, Things Undecided*, Harvard, Law Review Association.

É a chamada corrente que defende decisões minimalistas (ao contrário de DWORKIN, que prefere decisões maximalistas), que admite, também, nos casos difíceis, até uma insuficiência de fundamentação, porque o problema para estes pragmatistas seria, na verdade, muito mais político do que judiciário.

Assim, tal corrente do pragmatismo prefere jogar o problema para uma decisão do legislativo.

6 - CRÍTICAS DE DWORKIN AO PRAGMATISMO

O autor critica a primeira corrente do pragmatismo, praticamente acabando com sua base de sustentação, porque afirma que não há como o juiz saber, num caso que envolva um ato individual, ou em toda e qualquer circunstância, qual interpretação trará menos prejuízos econômicos à comunidade, ou será menos dispendiosa à comunidade, como um todo.

Nesse sentido, ele dá um exemplo muito interessante. Uma extensa linha de trem passa por uma fazenda numa velocidade, tão grande, que solta faíscas e, com isso, acaba provocando a queima das colheitas dessa fazenda⁶.

O juiz pragmatista, da primeira corrente citada - teoria econômica do direito, para resolver tal problema iria questionar o que traria mais prejuízos à comunidade: diminuir a velocidade do trem, ou deixar que as colheitas dessa fazenda fossem queimadas?

Caso chegasse à conclusão que as colheitas valiam dez mil dólares, mas que a diminuição da velocidade do trem significaria perder quarenta mil dólares, optaria por deixar que as colheitas fossem perdidas.

Entretanto, DWORKIN declara que tal solução pode não ser correta, mesmo economicamente falando, porque pode ser que, perto da linha de trem, o agricultor tenha guardado uma coleção de quadros renascentistas, que também seriam queimados, ou que um furacão destruía as colheitas similares, noutras partes do mundo, tornando supervalorizadas as colheitas destruídas, etc.

Assim, a solução que, inicialmente, parecia ser a que implicava menor prejuízo para a comunidade torna-se, na verdade, a de maior prejuízo.

Além disso, o Autor critica o fato de que neste pragmatismo econômico seus adeptos sempre coloquem o conceito de que o melhor para a comunidade, ou seja, sua felicidade liga-se a um conceito de riquezas. Para ele, nem sempre, a felicidade da comunidade é igual a sua riqueza.

Com relação à segunda corrente do pragmatismo, a crítica de DWORKIN se dá, principalmente, contra o realismo que estaria conferindo ao juiz um poder que é, na verdade, do legislativo, o que não pode ser admitido, pois fere o princípio democrático de divisão de poderes.

Além disso, implica grave erro e grandes perigos, porque sujeita a decisão às parciais e preferências pessoais de cada juiz.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 335.

A terceira corrente do pragmatismo é criticada pelo autor, porque não considera o direito como um todo, como um sistema coerente, que tem de levar em conta não só as decisões tomadas no passado, mas também as convenções jurídicas.

Tal coerência, regida principalmente por princípios retirados dos valores da própria comunidade que os tem, independente dos valores de seus membros, é desprezada pelo pragmatismo.

Além disso, as decisões minimalistas são, muitas vezes, impeditivas dessa coerência do direito e pouco fundamentadas, criando não só um permanente ceticismo interno com relação ao direito, mas também uma grande insegurança jurídica, com relação as decisões do judiciário.

7 - O DIREITO COMO INTEGRIDADE

DWORKIN, após descortinar esse amplo painel de correntes de interpretação existentes nos EUA e criticá-las, de uma forma muito sólida e científica, apresenta uma nova e diferente proposta, como meio de justificar os critérios, os fundamentos para as decisões tomadas pelos juízes.

Para ele, a questão central da interpretação não pode ser nem uma questão de convencionalismo, ou originalismo, nem de pragmatismo, ou utilitarismo.

A sua proposta é da concepção de direito como integridade, como uma prática que visa a tornar coerente o sistema de convenções jurídicas, precedentes e valores da comunidade, dentro de um caso concreto.

O autor dá um exemplo bem interessante para mostrar como deve-se extrair de um sistema jurídico um princípio que exprima coerência: existem, nos Estados Unidos, leis que proíbem discriminação entre brancos e negros dentro de ônibus.

Também existem leis que proíbem tais discriminações em bares, mas as leis e precedentes nada dizem sobre discriminações em cinemas. Num caso concreto de discriminação de negros, em cinemas, como o juiz deverá interpretar o sistema jurídico para decidir? Quais serão os fundamentos, os critérios para embasar tal decisão?

Ronald DWORKIN, numa visão muito ampla e clara, afirma que o princípio que é possível extrair-se desse contexto, aquele que é aceito, como um todo, pela comunidade, e que reflete ideais de justiça, de moralidade e de devido processo legal, é a opção pela não discriminação.

Assim, se o princípio extraído do todo do direito é o da não discriminação, não haveria coerência sistêmica, se fosse admitido discriminar negros em cinemas, mas não fosse permitido fazer tal discriminação em bares, ou ônibus.

Uma decisão coerente, ou de direito integridade, nessa linha de raciocínio, não admitiria, portanto, a discriminação em cinemas.

O autor descarta as chamadas “soluções conciliatórias” (admitidas pela terceira corrente do pragmatismo), ou seja, aquelas que admitem soluções diversas para casos semelhantes, porque tal conduta implicaria incoerência sistêmica de princípios.

Ronald afirma que, nos EUA, por causa do sistema Federalismo, muitas vezes, a comunidade concebe direitos diferentes, não coerentes entre si; para corrigir isso, o juiz deve buscar uma coerência de conjunto.

Porém, se em cada estado, os direitos não forem sequer coerentes, considerados em conjunto, então o juiz deve buscar o princípio coerente nas decisões de ordem superior, na Suprema Corte e na Constituição Federal.

Declara que, assim, sempre haverá uma única resposta correta para cada caso concreto, baseada em fundamentos de justiça, de equidade e de devido processo legal, admitidos, tanto pelo agente moral da comunidade, distinta de seus membros, individualmente considerados, quanto pelo conjunto de regras criadas por um modelo político e pelas decisões anteriores.

A correta interpretação, assim, deveria ser construtiva, levando-se em conta todas as decisões anteriores em casos semelhantes (precedentes), levando-se em conta também o conjunto das convenções jurídicas existentes a respeito do caso e também os valores moralmente aceitos pela comunidade, no tema discutido, em fundamentos de justiça, de equidade e de devido processo legal.

Cada juiz agiria como se fosse um escritor, continuando o romance que o juiz, que prolatou a decisão anterior sobre um caso semelhante, já tinha começado a escrever.

Seria a concepção de decisões em cadeia *chains of law*, o que implicaria coerência de passado e de futuro.

Porém, se o juiz, a cada caso, tiver que ter todo esse trabalho para construir a correta interpretação e decisão, ele será, certamente, um super-homem, um superjuiz, por isso, DWORKIN denomina seu juiz de “Hércules”.

O autor aduz que o direito integridade e “Hércules” são muito vantajosos porque não só mantêm a integridade e coerência do sistema jurídico como um todo, mas também protegem o direito das manobras legislativas, da fraude, da corrupção oficial e das parcialidades de cada juiz (como ocorre no realismo).

Em conclusão, o direito integridade não tem sua visão nem voltada para o passado, preso a este, como concebem o convencionalismo, ou originalismo, nem tem sua visão voltada para o futuro, como concebem os pragmatistas, ou utilitaristas, ou seja, para os impactos econômicos futuros da decisão. Não se trata nem de “descobrir”, nem de “inventar” o direito.

Trata-se, na verdade, de se construir uma correta decisão, de acordo com a integridade do sistema jurídico como um todo (convenções jurídicas e precedentes), extraído princípios amplos deste e dos valores que a comunidade personificada faz no presente vigorar, apoiados em princípios de justiça, de equidade e de devido processo legal.

Ou seja, a decisão considera tanto o passado (as decisões já tomadas, etc.) quanto o impacto futuro, sem se prender a esses critérios, porque visa a aprimorar a decisão, a cada caso decidido, com base nos valores do presente, adotados pela comunidade com um todo. Esse é o ideal da integridade e da coerência buscados pelo autor.

8 - SÍNTESE DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

DWORKIN afirma que o direito como integridade implica, sempre, numa decisão construída, numa auto-reflexão dos aplicadores do direito.

Nesta tarefa, seu juiz Hércules deve-se pautar por, basicamente, quatro etapas:

No caso das leis aplicáveis, ou precedentes, ao caso serem obscuras, ou não pertinentes (discrimináveis), deve-se, então, fazer a verificação do que diz o resto das leis (principalmente a Constituição) e os outros precedentes, após deve-se verificar o que os princípios dizem sobre o caso e, no caso das leis obscuras, também deve ser verificada a política adotada.

Este seria o primeiro ponto de tarefa de Hércules - ou seja, a busca do direito integridade.

O segundo ponto seria verificar a equidade, ou seja, não o que o juiz acha que é melhor para a comunidade, ou o que é mais justo, mas, sim, o que a opinião pública (da comunidade) pensa sobre o caso.

Após, Hércules deveria também verificar o histórico legislativo (que, como já foi dito, no tópico, nada tem a ver com o historicismo).

Neste sentido, ele deverá verificar o histórico legislativo da comunidade, desde o momento em que foi feita a lei até o momento da decisão, este, sim, o momento atual, que está sob o signo tanto do paradigma que o rege quanto de outras vontades, atuais, da comunidade.

Finalmente, Hércules deverá verificar o devido processo legal aplicável ao caso, ou seja, os procedimentos corretos para aplicação das normas e regras que o sistema produziu.

É claro que, depois de passar pela busca da integridade do direito, da equidade, do histórico legislativo e devido processo legal, Hércules pode achar contradições até entre esses métodos, mas isso pode ser resolvido em termos de princípios dominantes (porque eles são a vontade personificada da comunidade) e pela busca de um acordo do nível aceitável de integridade a ser atingido.

9 - CRÍTICAS AO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Várias são as críticas feitas à doutrina interpretativa de DWORKIN, porém, a mais contundente é aquela baseada num ceticismo interno, feita, principalmente, por pragmatistas, em especial, por Richard POSNER⁷, que afirma que não é possível, dentro do sistema liberal, a existência de coerência de princípios, logo, é impossível a interpretação coerente do direito, como integridade.

Há também a crítica de outros pragmatistas, por exemplo, a de SUNSTEIN, no sentido de que o sistema de integridade defendido por DWORKIN enfraquece o sistema Federalista, porque as decisões não coerentes dos estados sempre seriam anuladas pela Suprema Corte, com vistas à coerência com a Constituição Federal.

⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 335 e 343.

Porém, SUNSTEIN afirma que o sistema Federalista é rico, justamente, porque permite aos estados adotarem políticas e decisões peculiares e próprias e que o sistema de DWORKIN desfavorece tal diversidade.

Outros pragmatistas também declaram que, na prática, o juiz “Hércules” é impossível de existir, porque demandaria um enorme esforço inalcançável ao juiz comum e que, portanto, não pode ser aceito.

Já os convencionalistas, muitas vezes, criticam o autor, no sentido que ele estaria “criando” divergências que não existem e estaria, também, “inventando” normas, ao invés de seguir as que foram, legitimamente, criadas pelo legislativo.

Por fim, a minha modesta crítica à teoria interpretativa de DWORKIN é somente com relação ao ponto central de enfoque escolhido - a ótica de conduta da figura do juiz⁸.

É que na esteira dos modernos processualistas, que concebem o processo nas teorias estruturalistas e constitucionalistas, este é visto como jurisdição compartilhada, logo, as partes constroem o processo, tendo tanta importância quanto o juiz.

Assim, talvez fosse interessante verificar as teorias interpretativas do direito à luz não só da perspectiva do juiz, mas também das partes do processo.

Neste sentido, GONÇALVES⁹ ensina que o processo, na atual fase de desenvolvimento do nosso Direito, deve ser tomado não como a conjunção de procedimento e relação jurídica, como querem os integrantes da escola Instrumentalista¹⁰, ou da relação jurídica, mas sim na sua acepção de procedimento realizado em contraditório pelas partes.

O Autor afirma que o procedimento em contraditório só se desenvolve em simétrica paridade entre as partes, através da aplicação dos princípios Constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Nesta mesma linha de raciocínio, LEAL¹¹ também afirma que a construção do processo, pela atividade das partes, em obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, são marcas não só do processo constitucional, mas também garantias de que o processo será desenvolvido em bases democráticas.

A atuação das partes, em simétrica paridade, na construção do processo é também mencionada, diversas vezes, na obra de Ítalo ANDOLINA e Giuseppe VIGNERA, segue, ainda, outro pequeno trecho:

“Fatta questa doverosa precisazione ad entrando nel merito del nostro specifico argomento, si può cominciare dicendo che in virtù del canone costituzionale dell’igualanza la struttura del processo civile, la disciplina dei suoi singoli atti,

⁸ Ob. cit., p. 19.

⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Jurídica e Direito Processual*, 1ª edição, Rio de Janeiro: Aide, 1992.

¹⁰ GRINOVER, CINTRA, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 8ª edição, São Paulo: RT, 1991.

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2ª edição, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 87.

la distribuzione dei poteri e doveri processuali devono esse organizzate in guisa tale da assicurare (in linea di principio e salve le eccezione e limitazione costituzionalmente consentite) il perfetto equilibrio delle parti(6): la possibilità, cioè, per ciascuno dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al relativo procedimento formativo su un piano di reciproca e simmetrica parità e com la garanzia di potere fare quello che fa l'altra parte per farsi ragione¹².” (Grifos nossos)

Traduzindo o trecho para o vernáculo:

“Feito esse delineamento necessário e entrando no mérito do nosso tema específico, pode-se começar dizendo que, em virtude da norma constitucional da igualdade na estrutura do processo civil, a disciplina dos seus atos singulares, a distribuição dos poderes e deveres processuais devem ser organizados de modo a assegurar (em termos de princípio e salvo alguma exceção e limitação constitucional permitida) um perfeito equilíbrio das partes (6): a possibilidade, isto é, para cada um dos destinatários do provimento jurisdicional de participação com relação ao procedimento de formação, sob um piano de reciproca e simétrica paridade, e com a garantia de poder fazer aquilo que a outra parte faz para obter razão, ou para se defender.” (Grifos nossos)

Elio FAZZALARI¹³ também afirma que o processo não é mero “instrumento” da jurisdição como sustentam os adeptos da escola da Relação Jurídica, ou, modernamente, os adeptos da escola Instrumentalista do Processo, mas sim um procedimento construído em contraditório pelas partes.

Para este autor, o processo é construído não pela discricionariedade do juiz, mas sim por atividades das partes, dos interessados no processo, sendo que tal atividade deve dar-se em simétrica paridade entre esses sujeitos do processo.

Tal compreensão do processo está em sintonia com a atual fase, ou dimensão do Direito Constitucional que superou tanto sua fase Liberal quanto Social e encontra-se na sua fase de Universalidade, Direito à Democracia, à informação e fraternidade.

10 - CONCLUSÕES

A teoria interpretativa de Ronald DWORKIN significou uma enorme evolução na ciência do direito, porque trouxe esclarecimentos sobre os fundamentos, ou os critérios que devem ser usados nas decisões judiciais.

¹² ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile e Italiano*, Torino: Giappichelli, 1990, pp. 113-114.

¹³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª edição, Padova, 1989, p. 80.

A interpretação buscada pelo autor visa a buscar harmonia com os valores atuais da comunidade concebida como um todo, no momento da prolação da decisão, porém, sem perder de vista nem as decisões passadas, como fazem os originalistas, ou convencionalistas, nem as conseqüências futuras, como fazem os pragmatistas, ou utilitaristas.

Assim, a concepção do direito como coerência, como integridade, é, na verdade, a superação tanto das velhas teorias originalistas/convencionalistas quanto das pragmatistas/utilitaristas.

Existem muitas críticas, já citadas, às teses de DWORKIN, porém, o certo é que, como teoria, tem argumentos muito sólidos que suplantam as anteriores, porque acredita que o direito é uma atitude construída, a cada dia, com base numa integridade, sempre ligada à sociedade e a seus princípios.

11 - INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

- ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Fondamenti Costituzionali Della Giustizia Civile - Il Modelo Costituzionale del Processo Civile Italiano*, Torino: Giappichelli, 1990.
- CARVALHO NETO, Menellick. *Direito, Filosofia e Interpretação, Hans Kelsen e Ronald Dworkin*, Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte - MG, n. 3 (5): pp. 27-71, jan./jul., 1997.
- DIMOULIS, Dimitri. *Moralismo, Positivismo e Pragmatismo na Interpretação do Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., novembro, 1999, v. 769, pp.11-27.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni Di Diritto Processuale*, 8ª edição, Padova: CEDAN, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Jurídica e Direito Processual*, Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRINOVER, CINTRA, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 8ª edição, São Paulo: RT, 1991.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*, 2ª edição, Porto Alegre: Síntese, 1999.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti Del Nuovo Processo Di Cognizione*, 2ª edição, Milano: A Giuffrè Editore, S.p. A. Milano, 1996.
- SUNSTEIN, Cass R. *Supreme Court*, 1995, *Term, Fore Word: Leaving, Things Undecided*, Harvard, Law Review Association.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A nova ordinariiedade: execução para a cognição. *Temas Atuais de Direito Processual Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, pp. 151 - 165, 2001.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Tutela antecipatória. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia da OAB-MG*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, n. 2, abr./1995.
- VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A ordinariiedade reformada. In: *Boletim Técnico da Escola de Advocacia da OAB - MG*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 3, n. 2, dez./1996.