

3

Em busca de elementos para o 'critério da correção': estudos variados

Klaus Günther não se ocupou de elaborar uma teoria trialista como a de Alexy, restringindo-se seu trabalho à construção de um procedimento para a aplicação do Direito. Seu conceito de 'adequação' é desenvolvido à luz do conceito de 'integridade' de Dworkin. Por isto, nossa estratégia consistirá em abordar a 'adequação' a partir de uma comparação com a 'integridade'. Começemos, portanto, explicitando o conceito de 'integridade' em Dworkin.

3.1

Principais Elementos do Conceito de 'integridade' em Dworkin: base para uma análise comparativa

Dworkin, na obra 'Taking Rights Seriously'¹, pretende mostrar que o Direito atual não pode mais ser compreendido de um modo alheio à moral. Através de uma análise da atividade jurisdicional norte americana e usando casos paradigmáticos como o 'caso Riggs X Palmer'², apresenta uma realidade judicial de operadores do Direito que, em situações dramáticas, estarão diante de questões que não são somente técnicas, mas demandam um posicionamento quanto à justiça. Segundo Dworkin:

“ Às vezes os advogados precisam lidar com problemas que não técnicos no sentido do termo e a respeito dos quais não há nenhum acordo geral em como se deve proceder. Um exemplo é o problema ético que se apresenta quando um advogado pergunta, não se uma lei específica é efetiva, mas se é justa.”³

Uma perquirição acerca da justiça, contudo, exigirá adotar os princípios enquanto ferramentas operacionais. “ Nestes casos dramáticos a corte fornece

¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978

² Encontramos a explicação deste caso em linhas gerais na obra DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 1 e mais pormenorizadamente na obra DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1991. p. 15 e ss.

³ “ Sometimes lawyers must deal with problems that are not technical in this sense, and there is no general agreement on how to proceed. One example is an ethical problem that is presented when a lawyer asks, not whether a particular law is effective, but whether it is fair.” DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 1.

razões – não cita leis, mas apela a princípios e políticas.”⁴ Tal utilização não pode ser discricionária, mas pautada por uma racionalidade, uma vez que o poder decisório constitui um poder político de grande monta e precisa ser justificado para ser legítimo e eficaz, no sentido de que a decisão será respeitada e obedecida.

O Positivismo⁵ resolve os ‘casos difíceis’ através da discricionariedade. “os tribunais exercem um poder discricionário naqueles casos em que o Direito explícito existente não consegue ditar uma decisão”⁶ Os princípios, que só ganham uma atenção maior em Hart em seu posfácio à obra ‘O Conceito de Direito’,⁷ são dotados de um caráter não conclusivo, de uma abertura semântica, cujo estabelecimento de seu conteúdo escapa ao campo da racionalidade. A dificuldade em se racionalizar os princípios é fruto de um limite do Positivismo, da impossibilidade de se passar os princípios pela fôrma da divisão em ‘regras primárias e secundárias’, da dificuldade em lhes estabelecer uma ‘regra de reconhecimento’ que lhes confira um ‘pedigree normativo’. Porém, no entender de Dworkin “a doutrina da discricionariedade não nos leva a lugar algum e não nos diz nada.”⁸ somente se for abandonado tal recorte teórico, é que será possível vislumbrar uma alternativa ao sistema de regras apresentado por Hart, compatível com uma noção racional de princípio. “Se nos livrarmos deste modelo, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas”⁹.

No modelo, que Dworkin apresenta, os princípios são conceituados como fundamentos que abarcam requisitos de justiça ou equidade (parcelas da moral), possuindo uma dimensão de peso, que lhes é constitutiva. Desse modo, a flexibilidade dos princípios, seu caráter “não conclusivo” é visto como um elemento constituinte de sua identidade e não como um defeito causador de arbitrariedade.

⁴ “In these dramatic cases the Court gives reasons – it does not cite statutes, but it does appeal to principles and policies.” *Idem.* p.4.

⁵ Aqui cabe a ressalva que Dworkin traça um contraponto ao Positivismo hartiano e é a partir desta abordagem que constrói a sua crítica.

⁶ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.321.

⁷ O mesmo concorda com Dworkin que constitui um a falha em seu livro ‘O conceito do Direito’, ter tratado os princípios de passagem. HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p.322.

⁸ “the doctrine of discretion leads us nowhere and tells us nothing” DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p.45.

⁹ “If we shake ourselves loose from this model of rules, we may be able to build a model truer to the complexity and sophistication of our own practices” *Idem.* p.45

Como o procedimento interpretativo para a aplicação dos princípios não é o enfoque da obra 'Taking Rights Seriously', ainda que nela Dworkin esboce a atividade jurisdicional efetuada pelo 'juiz Hércules'¹⁰, o conceito de 'integridade' só aparece implicitamente, em passagens que atrelam a prática jurisdicional à observância de uma moralidade intrínseca a uma comunidade partilhada de princípios.¹¹ Somente em sua obra 'Law's Empire'¹² que Dworkin trata especificamente da 'integridade', dando-lhe contornos mais definidos.

Dworkin aborda o Direito através dos óculos da política. A leitura aqui feita de Dworkin aponta para uma visão indissociável e altamente enredada da tríade política, moral e Direito, a ponto de se visualizar tais searas como círculos concêntricos e praticamente sobrepostos.

A 'integridade' é composta por dois princípios: i) 'princípio legislativo' e ii) 'princípio jurisdicional'. O primeiro versa sobre a conduta do legislador que deve dotar o ordenamento jurídico, como um todo, de coerência moral; e o segundo exige que a lei seja aplicada de acordo com esta coerência interna que é, para Dworkin, a dimensão mais relevante. Para fins didáticos, no entanto, inicialmente se aprofundará a dimensão legislativa, a qual fornece diversos elementos constituintes do conceito de 'integridade', para depois se ingressar, especificamente, na seara jurisdicional.

i) 'princípio legislativo'

A prática política, na sua dimensão legislativa, é composta por três fundamentos: a justiça, a equidade e o devido processo legal. Estes elementos

¹⁰ No capítulo 4 de 'Taking Rights Seriously' Dworkin define e desenvolve a figura do juiz Hércules, no cap. VII de 'Law's Empire' articula esta figura à noção de 'integridade' jurisdicional. Infelizmente uma análise mais esmiuçada deste personagem escapa a esta abordagem preliminar, mereceria um espaço próprio dada a sua complexidade; porém, para não remanescer o termo na obscuridade, Hércules é um juiz idealizado de alguma jurisdição norte americana dotado de " *superhuman skill, learning, patient and acumen*" DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978, p. 105.

¹¹ " *Lawyers believe that when judges make new law their decisions are constrained by legal traditions but are nevertheless personal and original. Novel decisions, it is said, reflect a judge's own political morality, but also reflect the morality that is embedded in the traditions of the common law, which might well be different.*" E ainda " *Hércules' first conclusion, that the gravitational force of a precedent is defined by the arguments of principle that support the precedent, suggests a second. Since judicial practice in his community assumes that earlier cases have a general gravitational force, then he can justify that judicial practice only by supposing that the rights thesis holds in his community.*" DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978. p. 86 e 115 respectivamente.

¹² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1991

podem entrar em conflito, mesmo a justiça e a equidade, que podem parecer, vistas por olhos não treinados, sinônimos. Nos interessa aqui trabalhar justamente esta distinção entre: a) a justiça como equidade e b) a equidade como justiça.

a) a justiça como equidade

Uma compreensão de justiça como equidade consiste em dar ênfase ao procedimento. Solucionar questões morais, através do viés da equidade, significa adotar um Direito conciliatório em bases arbitrárias, pois a escolha é aleatória. Trata-se de uma forma salomônica na qual se promove uma distribuição eqüitativa entre as diferentes facções morais, de sorte que haja uma representação proporcional de cada conjunto de opiniões no resultado final. Exemplos de soluções conciliatórias seriam a proporção de mulheres autorizadas a praticar o aborto ser dada pela relação entre os votos favoráveis ao aborto e o total de votos, ou ainda, se autorizar o aborto para as mulheres que nasceram em anos ímpares e criminalizá-lo para as que nasceram em anos pares.

b) a equidade como justiça.

Soluções conciliatórias de acordo com a equidade podem, como nos casos exemplificados, conflitar com a justiça, demonstrando que tais termos podem ser próximos, mas não sinônimos.

Efetivamente uma compreensão de equidade como justiça é uma questão de resultados. Preocupa-se não com o procedimento, mas com a justiça que o resultado deste produzirá. De pronto se observa que uma solução conciliatória fere brutalmente o princípio da igualdade formal, tratando iguais de modo diferenciado. No exemplo acima, não há justificativa, salvo a aleatoriedade de terem nascido no período permitido eleito pelo legislador, que legitime que algumas mulheres abortem e outras não. Um viés consoante a justiça exige dar razões para a escolha tomada na decisão. A escolha não pode ser aleatória, discricionária.

No entanto, mesmo este segundo tipo de consideração é insuficiente o que leva Dworkin a apresentar um terceiro tipo de abordagem, que constitui uma solução diversa da salomônica(a), sendo de acordo com a justiça (b); indo, porém, um passo adiante: trata-se de uma decisão de acordo com a 'integridade':

A 'integridade' estabelece que não basta apontar qualquer razão, porém somente aquelas que forem coerentes com uma base principiológica partilhada por aquela comunidade para quem a lei está sendo elaborada; somente estas são legítimas e poderão contar com a aceitação de um indivíduo ainda que não conte igualmente com sua concordância.

A 'integridade' é dita uma virtude política, mas com ela não pode ser confundida, pois, localiza-se, em um patamar superior, estando atrelada a valores morais e, por isto, conserva uma certa independência da política. Encontra-se assim, numa interface moral/ política, harmonizando os componentes da prática política; justiça, equidade e devido processo legal, quando estes estiverem em conflito.

Há três características que dão contornos à 'integridade': (a) harmonia, (b) igualdade formal e (c) pertinência e aderência a uma comunidade.

(a) harmonia.

A 'integridade', estando acima dos princípios norteadores da prática política, faz com que sejam vistos como um conjunto coeso e articulado, dotado de coerência. Assim uma decisão para estar de acordo com a 'integridade' não basta apresentar uma razão embasada em um princípio, em uma argumentação coerente em si mesma (o que já seria suficiente para uma abordagem justa), mas sim que além de coerente em si mesma, deve possuir uma dimensão de coerência externa; ou seja estar de acordo com o todo dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, elencados por aquela comunidade.¹³

(b) igualdade formal.

Uma solução que preze pela 'integridade' deverá açambarcar os casos semelhantes. Todos os que estiverem sob as mesmas circunstâncias, reclamam a égide da mesma decisão.

(c) pertinência e aderência a uma comunidade.

¹³ Neste sentido, decisões justas poderiam vir de encontro à equidade e deveriam ser afastadas em prol desta. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1991, p. 184.

Quando falamos em pertinência e aderência a uma comunidade, isto significa dizer em outras palavras que;

“A ‘integridade’ se mantém dentro das comunidades políticas e não entre elas, de tal modo que qualquer opinião que tenhamos sobre o alcance das exigências de coerência contém suposições sobre o tamanho e a natureza dessas comunidades..”¹⁴

Neste sentido, a ‘integridade’ revelará as escolhas principiológicas efetuadas por uma comunidade específica. Com isso não é possível trabalhar-se com uma noção estérea de ‘integridade’, universal e aconteudística. A ‘integridade’ é uma virtude política articulada à estrutura interna da comunidade política que rege e é de acordo com esta estrutura que seu conteúdo se estabelece.

A ‘integridade’ possui duas grandes vantagens: proteger contra a parcialidade e legitimar o Direito enquanto uso coercitivo da força. As normas são respeitadas, porque fazem parte de uma comunidade de princípios adotada pela comunidade e que é identificada em cada cidadão. Os cidadãos aceitam as normas que os regulam, por nelas enxergarem esta base de princípios que reconhecem e justificam internamente.¹⁵ Com isto, a legitimidade da norma aponta para uma auto-legislação, uma vez que toda norma reflete a base pública de justiça compartilhada.

A ‘integridade’ funciona como um meta - princípio norteador da conduta estatal, legitimando-a. Um Estado que rege suas ações pautado pela ‘integridade’ obtém a chancela da legitimidade. Neste sentido afirma Dworkin:

“ a melhor defesa da legitimidade política – dentro de uma comunidade política de tratar seus membros como tendo obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – vai ser encontrada não onde os filósofos esperaram encontrá-la – no árido terreno dos contratos, dos deveres de justiça ou das obrigações de jogo limpo, que poderiam ser válidos entre os estranhos -, mas no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações concomitantes.”¹⁶

¹⁴ “*Integrity holds within political communities, not among them, so any opinion we have about the scope of the requirement of coherence makes assumptions about the size and character of these communities*” . DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. London: Fontana Press, 1991. p. 185,186.

¹⁵ Aqui, a despeito das diferenças teóricas, há uma nítida aproximação com Rawls, pois Dworkin defende que cada indivíduo, a despeito de suas convicções pessoais partilha e justifica uma dimensão política de justiça. Algo bastante próximo da noção de consenso sobreposto rawlsiano. *Idem*, p. 189,190.

¹⁶ “*the best defense of political legitimacy – the right of a political community to treat its members as having obligations in virtue of collective community decisions – is to be found not in the hard terrain of contracts, duties of justice or obligations of fair play that might hold among strangers,*

A sociedade política ergue a 'integridade' como virtude política, porém a 'integridade', a seu turno, reflete as escolhas morais desta comunidade e, deste modo, o norte do Direito, enquanto monopólio de força coercitiva, passa a ser a autoridade moral da comunidade revestida na 'integridade'.¹⁷

O conteúdo da 'integridade' é composto pelos princípios partilhados por uma comunidade. Porém, como se forma uma 'comunidade de princípios'? E qual laço forma a 'integridade'?

A comunidade funciona como um agente moral distinto do Estado e constitui um grupamento de pessoas atadas por obrigações associativas, por responsabilidades mútuas, oriundas dos laços as unem. A 'integridade' é justamente formada pelos laços de fraternidade que unem os membros da comunidade. Os laços obrigacionais não pressupõem uma escolha, pois a símile da família, célula da comunidade, não escolhemos nossos pais, mas nem por isso deixamos de ter obrigações para com eles. Essencial para a conformação de obrigações associativas é a existência de uma história comum que gere uma identificação com o outro e um vínculo com este e também a exigência de reciprocidade em um nível mais abstrato, de sorte que ainda que o conteúdo das obrigações possa ser diferente entre os membros, há uma expectativa comum¹⁸ de que todos estão comprometidos a agir uns para com os outros, da mesma maneira, sob as mesmas circunstâncias.

Para que se forme uma 'comunidade básica/ genuína de princípios' é preciso ir mais além. As obrigações associativas devem constituir verdadeiros laços de solidariedade. Neste intento, as obrigações do grupo deverão se revestir de quatro características:

I) especialidade: se aplicam especificamente àquele grupo dada as suas particularidades.

II) pessoalidade: são individualizáveis, indo de um membro ao outro, não sendo compreendidas como obrigações difusas, no sentido de coletivas mas não passíveis de serem individualizadas.

where philosophers have hope to find it, but in the more fertile ground of fraternity, community, and their attendant obligations" *Idem*, p. 206

¹⁷ *Idem*, p. 188.

¹⁸ Esta expectativa se revela numa confiança que se estabelece entre os membros.

III) abrangência: as obrigações especiais devem ser vistas como decorrentes de uma obrigação de cunho mais geral e precípua; o de zelar pelo bem estar dos demais membros do grupo.

IV) reciprocidade igualitária: pressupõe-se que as práticas do grupo reflitam um igual interesse existente em todos os seus membros. As associações de solidariedade/ fraternidade são igualitárias ainda que apresentem hierarquias diversas, oriundas dos papéis sociais de cada cidadão, mas cujas atitudes são tomadas no interesse de todos.

A forma ideal que uma comunidade deve assumir, para que tais laços fraternais se estabeleçam, é a de uma ‘comunidade de princípios’. Neste tipo de comunidade, os elos sociais se dão por força do acordo comum que se tem quanto à concepção que se adotará de justiça, equidade e devido processo legal e quanto a um sistema de princípios comuns coerentes com tais conceitos. Com isto, os direitos passam a ter uma fonte justificadora e legitimadora maior do que a imposição da força: o acordo mútuo da própria comunidade que regem.

ii) ‘princípio jurisdicional’

Já a ‘integridade’ em sua dimensão jurisdicional, pressupõe que o juiz

“que aceita a integridade’ pensará que o Direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a ‘integridade’ exige que estas normas sejam consideradas coerentes, como se o estado tivesse uma única voz.”¹⁹

Pressupor a ‘integridade’ é compreender cada decisão como parte de um todo coerente e harmônico.

A função jurisdicional atrelada à ‘integridade’ é aquela que trata o caso concreto a decidir, como um capítulo de um ‘romance em cadeia’. Um ‘romance em cadeia’ é aquele no qual um só romance é escrito a diversas mãos. Cada romancista redige um capítulo a partir dos capítulos anteriores que recebeu e passa adiante a um novo escritor que fará a mesma coisa. Apesar dos variados autores, a história deve ter um fio condutor, uma continuidade, e seus traços

¹⁹ “who accepts integrity will think that the law it defines sets out genuine rights litigants have to a decision before him. They are entitled in principle, to have their acts and affairs judged in accordance with the best view of what the legal standards of the community required or permitted at the time they acted, a DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. London: Fontana Press, 1991, p. 218.

fundamentais devem ser respeitados. Tal intuito exige uma fidelidade ao projeto como um todo, à sua dimensão estrutural. A dimensão responsável na literatura por averiguar se esta fidelidade ocorreu é a estética, a partir da crítica. No Direito, esta tarefa é incumbência da 'integridade', vista como uma ferramenta interpretativa.

Compreender o Direito como 'integridade' é perceber que sua criação deu-se por uma comunidade e seu conteúdo expressa os princípios que esta partilha. De acordo com Dworkin:

“Segundo o Direito como 'integridade', as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”²⁰

Trata-se de compreender o Direito como um seriado [*the chain of law*], onde cada decisão faz parte de um todo coerente, devendo estar, por isso, de acordo com os princípios que orientaram os precedentes no passado. Nas palavras de Dworkin:

“Insiste em que o Direito – direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa.”²¹

Há uma continuidade à tradição interpretativa. “O Direito como 'integridade', pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.”²² Mas também a decisão deve, atenta com o presente, lançar um olhar para o porvir, refletindo as tendências apontadas pelos mesmos princípios para o futuro. “A prática presente pode ser organizada por e justificada em princípios suficientemente atrativos para promover um futuro honrado.”²³

²⁰ “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice” *Idem*, p. 225.

²¹ “It insists that the law – the rights and duties that flow from past collective decisions and for that reason license or require coercion- contains not only the narrow explicit content of these decisions, but also, more broadly, the scheme of principles necessary to justify them” *Idem*, p.227.

²² “Law as 'integrity' asks them to continue interpreting the same material that it claims to have successfully interpreted itself” DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1991. p.226.

²³ “Present practice can be organized by and justified in principles sufficiently attractive to provide an honorable future” *Idem*, p. 227.,228.

Tal tarefa interpretativa é extremamente árdua e somente um juiz fictício, idealizado é capaz de desempenhá-la com a garantia de 100% de sucesso: o ‘juiz Hércules’. ‘Hércules’ aceita o Direito como ‘integridade’ e sua atividade interpretativa, além de comportar as dimensões inerentes àquela, também se dará de modo compartimentalizado; ou seja, partirá da questão jurídica pontual proposta e ampliará seu alcance concêntricamente, ponderando diversos fatores nas demais áreas jurídicas que podem influenciá-la. Buscará uma interpretação construtiva que coordene as diversas áreas do Direito em relação. Apesar da idealização, o ‘juiz Hércules’ funciona como um parâmetro para a conduta do juiz real que dele deve se aproximar a fim de perseguir a ‘integridade’.

O sentido da ‘integridade’ não se confunde com o de consistência. Se por consistência estrita entende-se a repetição de decisões para casos semelhantes, percebemos que a ‘integridade’ possibilita e, às vezes até demanda, decisões diferentes. A ‘integridade’ deve, contudo, sempre observar uma coerência com os princípios partilhados pela comunidade, com o “esquema de justiça e equidade na relação certa.”²⁴ Seu conceito envolve, portanto, questões de princípio e, com isso, as questões estritamente políticas poderão ser decididas sem contar com sua interferência. No entanto, todas as vezes que princípios políticos essenciais estiverem em cena, a ‘integridade’ assume novamente seu papel harmonizador, determinando uma conduta igualitária para todos os cidadãos sem qualquer tipo de diferenciação. A consistência requerida pela ‘integridade’ é de que a prática legal esteja ajustada (adequada) e justificada por princípios partilhados comunitariamente.

A interpretação judicial de acordo com a ‘integridade’ comporta duas dimensões: a primeira dimensão é a da ‘adequação’ em sentido amplo (a) e a segunda dimensão é a de ‘adequação’ em sentido estrito (b)

(a) ‘adequação’ em sentido amplo

A primeira dimensão é a da ‘adequação’ em sentido amplo. Através desta busca-se um ajuste de conjunto. A interpretação deve estar de acordo com o ordenamento jurídico como um todo. Tal etapa pressupõe um ajuste em termos gerais, o respeito aos aspectos estruturais, alicerces do ordenamento e a observância de uma linearidade, de um fio condutor que se traduz em uma continuidade jurídica. Esta continuidade se dá no sentido de que as decisões

²⁴ “*scheme of justice and fairness in the right relation.*” *Idem*, p. 219.

tomadas no passado e as influências (reflexos) da interpretação presente em decisões futuras devem estar em consonância com a 'integridade', forjada por um único autor, " a comunidade personificada expressando uma concepção coerente de justiça e equidade"²⁵ Nesta dimensão afirma Dworkin:

"O Direito como 'integridade' pede que os juízes 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 pessoas seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a 'integridade' assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios."²⁶

A interpretação deve ser compatível com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral. De acordo com Dworkin:

" O Direito como 'integridade', então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo."²⁷

A interpretação adotada faz parte de um todo que compreende tanto as leis e princípios presentes no ordenamento jurídico, como as decisões passadas e as pretensões futuras.

(b) 'adequação' em sentido estrito

O primeiro exame pode acarretar mais de uma interpretação possível, fazendo-se, portanto, necessária uma segunda etapa mais específica. A segunda dimensão interpretativa possui um caráter qualitativo. Trata-se de eleger a melhor interpretação. Esta será a que "se ajustar a uma maior parte do texto ou permitir uma integração mais interessante de estilo e conteúdo."²⁸ Nesta fase, há uma articulação íntima entre 'adequação' e justificação. Entre as diversas

²⁵ "the community personified expressing a coherent conception of justice and fairness" *Idem*, p. 225.

²⁶ "Law as 'integrity' asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle" *Idem*, p. 243.

²⁷ "Law as 'integrity', then, 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" *Idem*, p. 245

²⁸ "fits more of the text or provides a more interesting integration of style and content" *Idem*, p. 231.

interpretações será preciso justificar aquela que, ao ser escolhida, acarrete uma lesão menor à 'integridade' do que as demais. Seria algo próximo ao exame de necessidade de Alexy. Diversas situações podem acontecer entre as interpretações apresentadas:

- uma delas poderá conter um princípio, cuja justificativa aponte como mais fundamental do que os demais e que, portanto, deverá ter a preferência;

- uma interpretação poderá apresentar um princípio totalmente inédito, cuja justificativa de preferência repousará no melhor enfoque encontrado através de sua utilização

- e ainda poderá existir uma situação, próxima ao empate alexiano, quando após passar-se pelo filtro da segunda dimensão da 'adequação', não se chega a nenhuma decisão conclusiva. Neste último caso, Hércules decidirá discricionariamente, de acordo, contudo, com suas convicções pessoais acerca de justiça e equidade.

3.2

Uma análise da teoria da aplicação de Klaus Günther: argumentação jurídica coerente pautada na 'adequação'

Klaus Günther está preocupado em construir no campo da aplicação um procedimento imparcial que leve em consideração todas as características relevantes do caso concreto. Nomeia este procedimento argumentativo – interpretativo como 'adequação' e o aproxima do conceito de 'integridade' em Dworkin, por entender que a sua proposta hermenêutica se ajusta ao que pretende denominar como 'adequação'. Consoante Günther:

“ Por esta razão o princípio da 'integridade' pode ser compreendido como o princípio da argumentação adequada. Nesta forma de argumentação, as relações sociais de reconhecimento possuem efeito de tal modo que uma rede de direitos concretos é aplicada igualmente em cada caso particular. A caracterização de princípios em Dworkin como 'considerações para além das próprias regras' situa a aplicação das leis, precedentes, e doutrina legal sob a exigência de se exaurir todos os aspectos de um caso o qual possa ser interpretado à luz de princípios. O direito de ser tratado com igual consideração e respeito aparece aqui não em referência a uma norma individual, mas em referência a um coerente conjunto de princípios entendidos como direitos.”²⁹

²⁹“ For this reason the principle of integrity can be understood as a principle of appropriateness argumentation. In this form of argumentation, societal relations of recognition are given effect in such a way that network of concrete rights is applied equally in each particular case. Dworkin's characterization of principles as ' considerations beyond the rules themselves' place the

Três elementos são importantes para a 'adequação':

- o primeiro elemento consiste na observância do 'princípio U'³⁰ de Habermas, porém em uma versão fraca, mitigado ao campo de aplicação da norma.

A versão fraca de 'PU' deverá funcionar nas condições limitadas do campo de aplicação da norma em razão de um caso concreto. Neste sentido afirma Günther:

“ o que é relevante para a aplicação, ao contrário é a situação particular. (...) a questão é se e como a norma deve ser seguida em uma situação particular, de acordo com circunstâncias particulares. (...) a questão principal é (...) a 'adequação' em relação a todos os aspectos de uma situação individual”³¹

- segundo, a existência de uma comunidade com um estágio moral nos níveis 5 e 6 (consoante a escala de Kohlberg)³², a qual seja regida por princípios e

application of laws, precedents, and legal doctrine under the requirement of exhausting all those aspects of a case which can be interpreted in the light of principles. The right to be treated as an equal with concern and respect appears here alike not with reference to an individual norm, but with reference to a coherent set of principles as rights” GÜNTHER, Klaus. The Sense of Appropriateness. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 283, 284.

³⁰'Pu' é um princípio de universalização que funciona como um princípio ponte [Brueckenprinzipien] permitindo que haja o resgate de pretensões de validade que tiverem seu consenso de fundo abalado. Reza 'PU' que:

“ toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos os interessados” (HABERMAS, Jürgen. “Notas pragmáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso” in: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro. 2003 p. 147.)

De acordo com Günther,

“ O critério de validade estabelecido com o princípio moral (U) vincula expressamente a validade de uma norma com a pressuposição de sua observância geral. A aceitabilidade das razões apresentadas pelos participantes do discurso está, portanto, sob a resolutiva condição de que também a norma será efetivamente observada por todos.” (GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 38)

Isto significa dizer que para a observância de 'PU', todos os possíveis destinatários da norma, bem como todas as situações nas quais a norma possa ser aplicada, deverão ser considerados.

³¹ “ What is relevant to application, in contrast, is the particular situation(...)It is a question of whether and how the rule ought to be followed in a particular situation in view of all the particular circumstances.(...) The subject matter is (...) its appropriateness in relation to all the features of an individual situation” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.p. 37e 38.

³² “ Nível C: Nível Pós –Convencional ou Baseado em Princípios
As decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios com que concordam (ou podem concordar) todos os indivíduos compondo ou criando uma sociedade destinada a ter práticas leais e benéficas.

que tenha a reciprocidade como o norteador para se alcançar as metas de igualdade e equidade.

De acordo com o patamar de moralidade de uma comunidade, diferentes serão os contornos e os limites impostos às concepções de justiça, igualdade e equidade, sendo esta segunda exigência, o pressuposto de tratamento recíproco igualitário, específica dos níveis morais mais elevados. De acordo com Günther:

“Seguindo o modelo de estágio proposto por Kohlberg, a interpretação do desenvolvimento de conceitos de justiça demonstrou que uma idéia convencional de igualdade e equidade alcança seus limites na ‘moralidade do sistema social’ o qual está ancorado no contexto da comunidade.”³³

Esta exigência para a ‘adequação’ é fundamental, ainda que funcione somente em caráter idealizado. Os elementos de universalização, imparcialidade e reciprocidade só têm espaço em sociedades que se descolem de uma perspectiva mais egoísta e possuem um desenvolvimento moral mais elevado, sendo capazes de se conformar segundo princípios universais partilhados por todos os seus membros.

Estádio 5. O Estádio dos Direitos Originários e do Contrato Social ou da Utilidade

Conteúdo: O direito é sustentar direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo quando entram em conflito com as regras e leis concretas do grupo.

1. O que é direito é estar cômescio do fato de que as pessoas adotam uma variedade de valores e opiniões, que a maioria dos valores e regras são relativos ao seu grupo. Essas regras ‘relativas’, contudo, devem em geral ser apoiadas no interesse da imparcialidade e porque elas são o contrato social. No entanto, alguns valores e direitos não relativos, tais como a vida e a liberdade, têm que ser apoiados em qualquer sociedade independentemente da opinião da maioria

2. As razões para fazer o que é direito são em geral: sentir-se obrigado a obedecer à lei porque a gente fez um contrato social de fazer e respeitar leis, para o bem de todos e para proteger seus próprios direitos e os direitos dos outros. As obrigações de família, amizade, confiança e trabalho também implicam o respeito pelos direitos dos outros. Importa que as leis e deveres sejam baseados num cálculo racional de utilidade geral. ‘o maior bem para o maior número’.

Estádio 6. O estágio de Princípios Éticos Universais

Conteúdo: Esse estágio presume a orientação por princípios éticos universais, que toda a humanidade deve seguir.

1. No que diz respeito ao que é direito, o estágio 6 é guiado por princípios éticos universais. As leis ou acordos sociais particulares são, em geral, válidos porque se apóiam em tais princípios. Quando as leis violam esses princípios, a gente age de acordo com o princípio. Os princípios são princípios universais de justiça: a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos. Estes não são meramente valores reconhecidos, mas também princípios usados para gerar decisões particulares.

2. A razão para fazer o que é direito é que a gente, enquanto pessoa racional, percebeu a validade dos princípios e comprometeu-se com eles.”

HABERMAS, Jürgen. “Consciência Moral e Agir Comunicativo” in: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro. 2003 p. 153 e 154.

³³ “Following the stage model proposed by Kohlberg, the interpretation of the development of concepts of justice demonstrated that a conventional Idea of equality and equity reaches its limits in the social system morality’ which is anchored in the context of the community” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 247, 248.

- terceiro, que todas as características relevantes do caso concreto sejam imparcialmente consideradas.

Quando Günther fala em “ considerar imparcialmente todas as características relevantes do caso concreto”, está se referindo a uma análise dos principais elementos que conformam o caso concreto. Trata-se de um ‘contexto de descoberta’³⁴ das premissas a serem levadas em consideração para a decisão daquele caso.³⁵

O alcance da imparcialidade pressupõe uma ação segundo a reciprocidade. De acordo com Günther:

“ (...) procedimentos que garantam decisões imparciais e, ao mesmo tempo, sejam empiricamente efetivos, ou seja institucionalizados em uma sociedade. Neste sentido, a validade de facto do princípio da reciprocidade se efetua através de procedimentos nos quais as normas legais positivas sejam postas como válidas em geral, e que sejam imparcialmente aplicadas em ‘julgamentos fundados nas circunstâncias presentes do fato’ (Talcott Parsons, Edward A. Shils, et. al., *Toward a General Theory of Action* Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1954, p.16) e implementadas somente sob a base de um processo de decisão..”³⁶

Quando falamos de reciprocidade estamos nos referindo a indivíduos que se tratam com ‘igual consideração e respeito’³⁷ e que, portanto, se consideram em uma posição simétrica, sendo capazes de se colocar no mesmo patamar do outro, de sorte que, o mesmo que exigem para si, poderão exigir do outro, quando este se encontrar na mesma situação. Como afirma Günther:

“ Isto significa dizer, que pode ser razoavelmente esperado de ‘alter’ que observe uma norma válida e adequada, somente sob a condição de que ele possa, caso necessário, constringer ‘ego’ a observar a norma empregando meios para

³⁴ O termo ‘contexto de descoberta’ é de Atienza e significa o movimento de perquirir quais argumentos podem ser utilizados para embasar uma decisão. Trata-se de uma ‘razão explicativa’, ou seja uma apresentação lógica dos argumentos usados. Para maiores aprofundamentos vide ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito- Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy. 2000.p. 21-26.

³⁵ Esta característica se aproxima da etapa de ‘justificação interna’ da ‘teoria da argumentação jurídica’ de Robert Alexy.

³⁶ “ (...) *procedures which guarantee impartial decisions and, at the same time, are empirically effective, that is, institutionalized in a society. In this way, the de facto validity of the principle of reciprocity is effectuated by procedures in which positive legal norms are laid down as being generally valid, and these legal norms are impartially applied in ‘ judgments founded on the present circumstances of the fact’* (Talcott Parsons, Edward A. Shils, et. al., *Toward a General Theory of Action*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1954, p.16) and implemented only in the basis of the decision process.” ” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 252-253.

³⁷ Trataremos com mais vagar desta característica em Dworkin nos parágrafos a seguir, quando trabalharmos o elemento (a) da teoria de Dworkin, que se aproxima do conceito de ‘adequação’.

empiricamente efetuar a decisão. O único aspecto deste ‘direito’ consiste em fazer valer o princípio da reciprocidade.”³⁸

O conceito de ‘integridade’ em Dworkin consiste, segundo Günther, em “uma proposta de se descrever a ‘adequação’ no Direito.”³⁹ Neste sentido, cabe ressaltar dois elementos em Dworkin que permitem a aproximação entre os dois conceitos:

(a) em primeiro lugar quando Dworkin trabalha com a noção de que os cidadãos de uma comunidade regida pela ‘integridade’ devem se tratar com ‘igual consideração e respeito’

A ‘integridade’ para Dworkin pressupõe uma base racional que:

“tende para a igualdade no sentido que (...) sua exigência de ‘integridade’ pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isto significa.”⁴⁰

No entender de Günther esta afirmação é, na realidade, a defesa do conceito universal recíproco de imparcialidade, nos moldes preconizados por ele e igualmente de acordo com a teoria habermasiana. Nas palavras de Günther:

“ Por ‘igual consideração e respeito’, poderia significar a idéia de imparcialidade, (...) seguindo a proposta de Habermas, como uma regra de argumentação nos discursos práticos. Ao fundamentar uma norma, esta regra operacionaliza somente o sentido universal-recíproco da idéia de imparcialidade, a saber, aquela de se considerar igualmente os interesses de cada indivíduo.”⁴¹

³⁸ “ This is to say, it can be reasonably expected of ‘alter’ to observe a valid and appropriate norm only on the condition that he may, if necessary, constrain ‘ego’ to observe the norm by employing means for empirically effectuating a decision. The only point of this ‘right’ consists in making the de facto validity of the principle of reciprocity possible.” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 252.

³⁹ “ (...) proposal for describing appropriateness argumentation in Law” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 273

⁴⁰ “tends towards equality in the way (...)its command of ‘integrity’ assumes that each person is as worthy as any other, that each person must be treated with equal concern according to some coherent conception of what that means.”. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. London: Fontana Press, 1991.p.213.

⁴¹ “ By ‘equal concern and respect’, one could mean the idea of impartiality, (...) following Habermas’s suggestion, as a rule of argumentation in practical discourses. For this rule operationalises only the universal-reciprocal sense of the idea of impartiality, namely, that of equally considering the interests of each individual when justifying a norm” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 282

(b) Em segundo lugar, quando Dworkin conecta a 'integridade' à noção de uma 'comunidade de princípios'

Para Dworkin a 'integridade' só encontra espaço em uma 'comunidade de princípios'⁴² que se rege por laços de solidariedade e fraternidade e que pressupõe um solo comum para que as questões sejam resolvidas..

A 'integridade' se encontra comprometida com esta comunidade através da exigência de que as decisões sob sua égide sejam consistentes (coerentes). Isto passa também pela noção do 'romance em cadeia'⁴³, quando cada decisão faz parte de um todo maior, devendo estar em harmonia e acordo com decisões passadas e futuras, através de um liame, que demonstre a continuidade no respeito aos princípios regedores daquela comunidade.

Günther entende que a estrutura apresentada por Dworkin no tocante a este elemento, é algo bastante próximo da intersubjetividade habermasiana e do aspecto comunicacional voltado para o entendimento, presente em sua teoria. De acordo com Günther:

“O princípio da coerência, ao qual se submete também a legislação, implicitamente manifesta esta relação entre a solidariedade social e um conceito de Direito intersubjetivo.”⁴⁴

Os elementos constituintes de uma 'comunidade de princípios' são universais e corroboram a constatação de Mead de que o indivíduo se estrutura e desenvolve somente através de uma perspectiva intersubjetiva, de relação com outros membros da comunidade.

Por todo o exposto, Günther entende que há uma relação intrínseca entre 'integridade' e 'comunidade de princípios' a qual revela, um aspecto universal intersubjetivo, e não um caráter particular e específico de uma comunidade determinada no tempo e espaço.

⁴² Remeto os leitores ao item 3.1 onde o conceito de 'comunidade de princípios' é explorado.

⁴³ Para explicar como os juízes decidem de acordo com a 'integridade', Dworkin realiza uma comparação com o que denominou 'romance em cadeia'. “ *Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. (...) devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.*” DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p.276. Para maiores aprofundamentos sobre o tema, vide o capítulo VII desta mesma obra.

⁴⁴ “*The principle of coherence, to which legislation is also subject, implicit manifests this interconnection between societal solidarity and an intersubjectivist concept of law*” GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 283.

Algumas ressalvas devem ser levantadas a tal equiparação: primeiro, que o que Günther faz parecer-se um encaixe perfeito é mais uma conformação forçada. Quando Dworkin elabora e articula indissociavelmente o conceito de 'integridade' com o da comunidade de princípios, sua autora, está se referindo a comunidades concretas, reais e existentes em tempo e espaços definidos. Ainda que contemos com os elementos universais de solidariedade, igualdade, confiança, reciprocidade, a cultura específica daquela comunidade irá modelar uma relação contingente entre os princípios da equidade, justiça e devido processo legal, irá elencar diferentes conjuntos de princípios como basilares ao seu Estado e, finalmente, teremos a construção de um meta princípio da 'integridade' único, ajustado perfeitamente à comunidade específica que o criou.

Segundo, a leitura da 'integridade' feita por Günther é resumida e parcial. O que ele diz ser 'integridade' e equiparar à "adequação" consiste somente na segunda dimensão interpretativa da 'integridade', na qual temos uma conjugação entre justificação (argumentação) e interpretação. Contudo esta segunda etapa pressupõe uma primeira que Günther despreza; a 'adequação' em sentido amplo. A 'adequação' que preconiza constitui um conceito deficiente.

Podemos resumir as críticas com a seguinte afirmação: despir Dworkin de seu viés comunitário na defesa da viabilidade de uma leitura universalista de suas premissas é algo louvável, mas que deve ser feito com o bom senso de que há lindes que deverão ser observados, sob pena de se corromper e distorcer uma teoria que se pretende distinta. O conceito de 'adequação' de Günther ficaria mais completo e ajustado à teoria habermasiana, se este aproveitasse os elementos da 'integridade', que fossem interessantes para seu conceito e complementasse o mesmo, com aquilo que a demarcação das devidas diferenças teóricas exigissem.