

JUSTIÇA PARA ARTESÃOS: RONALD DWORKIN E A RENOVAÇÃO DA TRADIÇÃO A PARTIR DO DIREITO COMO LITERATURA**JUSTICE FOR BRICOLEURS: RONALD DWORKIN AND THE RENEWAL WITHIN TRADITION FROM LAW AS LITERATURE****GILBERTO MORBACH¹****LUÍSA GIULIANI BERNST²**

Resumo: Para Ronald Dworkin, o Direito é uma prática interpretativa, melhor compreendida a partir de uma analogia da prática jurídica com o projeto de um romance em cadeia, escrito por um grupo de romancistas que, cada um à sua vez, deve escrever um novo capítulo de forma a criar o melhor romance unificado possível. Assim, à luz da relação entre Direito e literatura proposta por Dworkin, o presente trabalho, sob o “método” fenomenológico-hermenêutico, visa a (i) revisitando o célebre debate entre Ronald Dworkin e Stanley Fish, verificar em que medida o romance em cadeia é capaz de oferecer parâmetros adequados de interpretação da prática jurídica; (ii) estabelecer as possibilidades de aproximação entre o exercício literário do romance em cadeia, proposto e explicado sob um contexto do *common law*, e o papel de nossos Tribunais; e, finalmente, (iii) desvelar de que forma o Direito como conceito interpretativo se apresenta como uma concepção capaz de, em referência a Hans-Georg Gadamer, reconhecer as imposições da história ao mesmo tempo em que luta contra elas. Busca-se, aqui, portanto, abordar o Direito como integridade e suas possibilidades de equilíbrio entre, de um lado, a renovação da tradição e a (re)interpretação da prática jurídica como instrumento de democracia e, de outro, o respeito ao passado e à tradição jurídica. Afinal – e aqui, novamente, recorreremos a Gadamer –, a tradição só é ela mesma em um constante tornar-se outra.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; romance em cadeia; Direito e literatura; Direito como integridade.

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade Feevale/RS e membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Brasil, Novo Hamburgo/RS. CV Lattes disponível em <<http://lattes.cnpq.br/7136420209962979>>. e-mail: gilbertomorbach@gmail.com.

² Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS/RS). Brasil, Porto Alegre/RS. CV Lattes disponível em <<http://lattes.cnpq.br/8800385898712531>>. e-mail: giuliani.luisa@gmail.com.

Abstract: According to Ronald Dworkin, Law is like literature, and it is better understood from an analogy between legal practice and the project of a chain novel, written by a group of novelists that, each by her time, is supposed to write a new chapter in order to create the best possible novel as a whole. From Dworkin's Law and literature analogy, this essay, from a hermeneutical-phenomenological "method", aims to, (i) revisiting the Dworkin-Fish debate, verify whether the chain novel analogy is indeed capable of providing an adequate interpretive conception regarding legal practice. It also seeks to (ii) establish the possibilities of approximating the chain novel analogy, a typical common law conception, to a civil law context. Finally, this work also intends to (iii) unveil how Dworkin's conception of Law as an interpretive concept is a conception capable of, in reference to Hans-Georg Gadamer, respecting the impositions of history while, at the same time, fighting against it. The goal, therefore, is to approach Law as integrity and its balance between, on one side, the renewal of tradition and (re)interpretations of the legal practice as an instrument of democracy and, on the other, the respect to the past and the legal tradition of a community. After all – and once again we reference Gadamer – tradition can only be itself in a constant becoming another.

Keywords: Ronald Dworkin; chain novel; Law and literature; Law as integrity.

INTRODUÇÃO

A raposa, diziam os gregos, sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante. Utilizando-se desse velho fragmento, comumente atribuído a Arquíloco, Isaiah Berlin, na obra *The Hedgehog and the Fox* (Cf. Berlin, 2013), divide os pensadores exatamente nessas duas categorias: raposas e ouriços.

A obra não se trata de um tratado filosófico, nem mesmo nada parecido, mas apenas um ensaio acerca de notáveis pensadores ao longo da história. Isaiah Berlin, contudo, é um dos mais importantes filósofos adeptos ao *pluralismo*, concepção segundo a qual há uma série de valores que, por mais que possam estar corretos, podem, eventualmente, colidir, entrar em conflito um com o outro. Em sua última obra, *Justice for Hedgehogs* (Cf. Dworkin, 2012), Ronald Dworkin apresenta uma tese contrária ao pluralismo de Berlin: a tese da *unidade do valor* – ou seja, a ideia de que “valores morais e éticos são interdependentes” (Dworkin, 2012, p. 13). Dessa concepção segue-se que, para Dworkin, *liberdade e igualdade*, por exemplo, não são – como Berlin dizia – conflitantes. Se nossas concepções de *liberdade e igualdade* forem adequadas, elas estarão integradas uma à outra, uma vez que, em Dworkin, cada uma depende da mesma

solução (Dworkin, 2012, p. 16). Para Dworkin, de algum modo, “os valores liberais dominantes” podem “estar ligados da maneira certa” (Motta, 2017, p. 24).

Não faz parte do objetivo, aqui, discorrer profundamente acerca da tese desenvolvida por Dworkin em *Justice for Hedgehogs*. A menção, porém, torna-se necessária, uma vez que o título deste breve ensaio propõe, propositalmente, uma provocação muito parecida com a que Dworkin lançou ao pluralismo de Berlin no título de sua última obra. A ideia, à esta altura, já deve estar clara: se, como o próprio Isaiah Berlin dizia, ao repetir Arquíloco, que a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante, Dworkin, ao propor a *unidade do valor*, quer fazer, justamente, *justiça para ouriços*.

Por que, então, *Justiça para Artesãos*? Porque, assim como Berlin dividiu os pensadores entre raposas e ouriços, Lévi-Strauss fez uma divisão muito parecida: entre *cientistas* e *artesãos* (Lévi-Strauss, 1966, pp. 01-33). Como os próprios substantivos já sugerem, resumidamente, um *cientista* seria um pensador que trabalha, primordialmente, *ex novo*; a postura de um cientista, naturalmente, será antagônica, em um constante questionamento acerca das estruturas existentes. Um *artesão*, por sua vez, é um pensador que, contrariamente ao cientista, trabalha justamente *a partir* das estruturas existentes, adicionando novos elementos a partir dos materiais que já estão à sua disposição. Dito isso, e, assim, aproximando a distinção de Lévi-Strauss a nosso título, faz-se necessário explicitar que o presente ensaio abordará o Direito como um conceito interpretativo, proposto por Dworkin ao longo de toda sua obra. Como fio condutor, trabalhar-se-á com a analogia *dworkiniana* da prática jurídica com o projeto de um romance em cadeia, escrito por um grupo de romancistas que, cada um à sua vez, deve escrever um novo capítulo de forma a criar o melhor romance unificado possível. Os juízes, em Dworkin, quando decidem casos, são como os romancistas da cadeia (Dworkin, 2001, pp. 235-238). Stanley Fish, por sua vez – como verificar-se-á com mais vagar ao longo deste artigo – rejeita essa concepção, engajando-se em um célebre debate com Dworkin que será, aqui, brevemente apresentado de forma a dar início às reflexões do artigo. É nesse sentido, à luz do debate Dworkin-Fish, que Judith M. Schelly classifica Fish como um cientista e Dworkin como um artesão (Schelly, 1985, pp. 176-178). Diferentemente de Schelly, contudo, que estabelece uma relação de complementariedade entre as concepções de Dworkin e Fish, este artigo pretende apresentar a compreensão de Dworkin como uma concepção capaz de explicar mais adequadamente a prática jurídica.

Assim como Dworkin, em *Justice for Hedgehogs*, buscou fazer justiça para ouriços, este ensaio pretende, justamente, fazer *justiça para artesãos*, apresentando a analogia da prática jurídica com um romance em cadeia como uma concepção capaz de, em referência de Dworkin à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, *reconhecer* as imposições da história *ao mesmo tempo* em que *luta* contra elas (Dworkin, 1999, p. 75). É a partir dessa ideia que, na primeira parte deste ensaio, revisitar-se-á o debate Dworkin-Fish; na segunda parte, o artigo investigará *se, e em que medida*, a analogia do romance em cadeia, construída *em e a partir de* um contexto do *common law*, é, também, capaz de oferecer uma interpretação adequada de nossa prática jurídica, pautada sob o *civil law*; e na terceira parte, por fim, apresentar-se-á o Direito como integridade de Ronald Dworkin como uma concepção que equilibra, de um lado, o respeito ao passado e, de outro, sua renovação, solucionando esse conflito – se é que há algum.

REVISITANDO O DEBATE DWORKIN-FISH

Como visto em sede de Introdução, Ronald Dworkin propõe uma analogia do Direito com a literatura. Mais especificamente, para Dworkin, os juízes – e, desde já, lembre-se, sempre, que Ronald Dworkin está trabalhando a partir do *common law* –, ao decidirem casos, são como romancistas em uma cadeia, que, ao escreverem um romance em conjunto, devem, cada um à sua vez e à sua maneira, oferecer um novo capítulo que leve em consideração aquilo que já foi escrito anteriormente pelos romancistas antecedentes. Se o romancista responsável pelo, por exemplo, nono capítulo de um romance escrito em grupo deve acrescentar suas considerações de forma a respeitar aquilo que já foi escrito ao longo dos oito capítulos anteriores, também o juiz, ao decidir um caso, deve proferir sua decisão de forma a respeitar a história da prática jurídica em que estiver inserido, *contada* a partir dos precedentes que estiverem envolvidos no caso em questão (Dworkin, 2001, p. 238).³ Disso, logicamente, segue-se que, para Dworkin, quanto maior for o romance – ou, em nosso caso, o número de decisões precedentes versando sobre um caso similar ao que estiver sendo discutido –, maior será a

³ É importante destacar que essa referência, utilizada ao longo de todo este ensaio, diz respeito a um capítulo de *Uma Questão de Princípio* (Dworkin, 2001). Contudo, antes da publicação do livro – originalmente em 1985, sob o título de *A Matter of Principle* –, Dworkin já havia apresentado o mesmo capítulo e, portanto, a analogia do romance em cadeia, em formato de artigo, sob o título de *Law as Interpretation* (Cf. Dworkin, 1982). Foi esse artigo que gerou o debate entre Ronald Dworkin e Stanley Fish, que se estendeu ao longo de publicações subsequentes de ambos autores.

intensidade das *restrições* que sofre o autor/juiz, uma vez que seu capítulo/decisão deve respeitar um número cada vez maior de elementos.

A analogia de Dworkin com a literatura, como não poderia ser diferente, atraiu a atenção de críticos literários. Stanley Fish foi um deles, e, em sua discordância, diz que a analogia estabelecida por Ronald Dworkin, entre a prática jurídica e o projeto de um romance em cadeia, é inadequada: a história não representa um peso, um limite, maior ou menor de acordo com a posição do autor na cadeia. Em vez disso, os autores/juízes subsequentes *recriam* o passado a partir de sua versão (Fish, 1982, pp. 201-216). Isso quer dizer que, enquanto Dworkin trabalha com a ideia de um romance em cadeia, Stanley Fish dirá que *não há uma cadeia*. Se Dworkin considera que a prática jurídica será melhor compreendida se cada nova decisão judicial for interpretada como a continuação de uma história, Fish dirá que há sempre uma *nova história* que substituiu a anterior.

Dworkin insere sua concepção de Direito entre duas outras: de um lado, uma que pretende “descrever o Direito como é, não como quer que seja ou como pensa que deva ser”, e, de outro, uma que trabalha com enunciados a partir daquilo que o falante “prefere”; sua “política pessoal” (Dworkin, 2001, p. 219). Claramente, aí, pode-se relacionar a primeira alternativa, descritiva, com o *positivismo jurídico* – doutrina que, ao menos para Dworkin, explica o Direito meramente a partir da descrição de convenções sociais (Dworkin 1999, p. 42) –, e a segunda, valorativa, com o *pragmatismo* – escola cética, segundo a qual as decisões políticas do passado não têm importância e, portanto, o Direito deve ser tão somente prescritivo (Dworkin, 1999, p. 185). O Direito como integridade é uma alternativa diferente: ela considera que “as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica”, nem somente “valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica”, mas “interpretativas”, combinando elementos “tanto da descrição quanto da valoração” (Dworkin, 2001, p. 219). Essa é, pois, a chave para que se possa compreender a concepção *dworkiniana* do Direito como integridade e, também, conseqüentemente, a analogia do Direito com o romance em cadeia: a prática jurídica não pode compreender somente descrição ou somente valoração. Em vez de ser *somente* descritiva ou *somente* pragmático-prospectiva, a concepção de Direito como integridade vai combinar descrição e valoração.

Para Fish, contudo, Dworkin “abraça as duas posições que critica” (Fish, 1982, p. 205). Fish diz que a analogia de Dworkin seria incapaz de dar conta de uma pressuposição implícita na própria argumentação: se, ao contrário do que argumenta o próprio Fish, as restrições aumentam na mesma proporção em que o romance avança, o

romancista a *inaugurar* a cadeia estaria livre de qualquer constrangimento (Fish, 1982, pp. 203-205), de forma muito similar aos juízes em uma concepção pragmatista de Direito. Logo, e no mesmo sentido – o de que as restrições tornam-se mais intensas na medida em que o romance aumenta –, Dworkin flerta(ria) também com o positivismo, já que os juízes subsequentes estariam presos a simplesmente *descobrir* um Direito que já existiria “*out there*” (“*lá fora*”, “*por aí*”, em tradução livre), como os próprios positivistas defendiam (Fish, 1982, p. 205). Ou seja: para Fish, se Dworkin estiver certo, os autores/juízes são, mesmo, mais ou menos constrangidos pelo romance/Direito existente de acordo com sua posição na cadeia, o autor que inaugura a cadeia estaria tão livre quanto um juiz pragmatista, ao passo que os autores subsequentes, no contexto da prática jurídica, estariam tão presos quanto juízes positivistas.

Para Dworkin, contudo, é Fish quem sucumbe ao pragmatismo. Segundo Dworkin, Fish é um cético, incapaz de (i) compreender seus argumentos e (ii) considerar que há sempre uma resposta correta, ditada pela moralidade política da comunidade (Dworkin, 1983, pp. 287-313). Enquanto Dworkin trabalha com a ideia de *uma* resposta correta, Fish dirá que as respostas serão corretas na medida em que forem *persuasivas* (Fish, 1982, pp. 208-2016). Essa é a distinção fundamental entre os autores, e, mais que isso, o ponto a partir do qual a crítica de Fish a Dworkin é injusta. Uma leitura adequada da obra de Dworkin afasta a ideia de que, em um caso hipotético, um *primeiro* juiz a compor o que viria a tornar-se uma cadeia estaria totalmente livre para *escolher* uma decisão. Afinal, para o Direito como integridade, os direitos não são criação somente da história institucional, mas também da *moralidade* (Dworkin, 2002, p. 136). Um hipotético primeiro autor/juiz, portanto, em Dworkin, jamais seria – ao contrário do que diz Fish – totalmente livre, em uma verdadeira concepção pragmático-realista.

A crítica de Fish a Dworkin, no sentido de que, na analogia do romance em cadeia, ignorar-se-ia qualquer elemento de pré-compreensão existente em uma espécie de juiz/romancista “inaugural”, considera que, diante de um texto – seja um romance em cadeia, seja um precedente judicial a ser interpretado –, o intérprete já tem, em si, uma série de convicções prévias – ou, em termos *gadamerianos*, *pré-juízos*. Dworkin certamente não negaria isso (Marmor, 2005, p. 56).⁴ Ademais, qualquer que seja a força do argumento de Fish no sentido de que interpretação *já é criação ex novo em si*,

⁴ O fato de que essa conclusão – qual seja, a de que (i) Dworkin não negaria o mais básico pressuposto da crítica de Fish, (ii) fazendo com que ela seja injusta desde o princípio – parta também justamente de Andrei Marmor é significativa, uma vez que Marmor é, ele mesmo, um grande crítico de Dworkin, uma vez que grande parte de sua obra acadêmica é direcionada a responder ao desafio geral que Dworkin lança ao convencionalismo.

a partir de um paradigma hermenêutico, é difícil negar que o texto já imponha limites ainda que sob uma perspectiva pré-interpretativa. Afinal, é desde Gadamer que, antes de se dizer algo sobre um texto, é preciso *que se deixe que o texto diga algo* (Gadamer, 1999, p. 358).

Com relação à segunda alegação de Fish – a de que, no mesmo sentido, os juízes subsequentes estariam vinculados a uma ilusão de que já haveria um Direito hermético, fechado, simplesmente a ser descoberto –, o motivo pelo qual ela também é injusta já serve, perfeitamente, como ligação ao próximo item deste ensaio. Um juiz responsável por dar continuidade ao “romance” jurídico somente seria positivista, como quer dar a entender Fish, se os precedentes com que o juízo trabalha forem entendidos como regras *per se*, a partir das quais o Direito pode ser concebido como completo. Para Dworkin, as decisões pretéritas não devem ser entendidas como pronunciamentos a serem convencionalmente aplicados; em vez disso, o juiz, diante de um novo caso, deve decidir a partir *dos princípios que subjazem às decisões precedentes, combinando* história institucional e moralidade política. Para Dworkin, o juiz responsável pela aplicação do precedente deve verificar *por que os princípios* por trás dos casos precedentes exigem também uma decisão em certa direção nos casos subsequentes (Dworkin, 2002, p. 172).

***IS THE CHAIN NOVEL ANALOGY POSSIBLE HERE? OU O ROMANCE EM CADEIA É POSSÍVEL AQUI?*⁵**

Como visto, portanto, a concepção de Dworkin acerca da doutrina do precedente, no *common law*, subscreve uma interpretação – por óbvio, muito típica do sistema anglo-saxão – segundo a qual a *ratio* de uma decisão judicial seria não uma regra disposta, mas apenas uma forma mais rápida e conveniente através da qual se pode referir-se aos *princípios que justificaram a decisão no caso concreto* (Cf. Perry, 1987, pp. 215-257). O que se quer dizer é que, segundo essa interpretação *lato sensu* sobre o instituto do *stare decisis*, sua aplicação nos casos subsequentes se dá através da melhor justificação dos princípios que subjazem à decisão em questão.

⁵ À luz que já foi feito no título deste ensaio, em que se fez uma referência ao título de uma obra de Dworkin – como visto na Introdução deste artigo, o título *Justiça para Artesãos* é uma referência a *Justice for Hedgehogs* (Cf. Dworkin, 2012) – é essa, também, a ideia por trás desse subtítulo. A analogia, agora, é com *Is Democracy Possible Here?* (Cf. Dworkin, 2006), livro no qual Dworkin explora as possibilidades dos princípios e da própria promessa de democracia nos Estados Unidos. Como Dworkin, em sua obra, faz com a democracia, queremos, aqui, questionar as possibilidades do romance em cadeia como uma concepção interpretativa adequada de *nossa* prática jurídica, em um contexto brasileiro – logo, de *civil law*.

A adesão de Dworkin a esse entendimento torna-se muito clara na medida em que, segundo sua concepção, o juiz deve, justamente, “*limitar a força gravitacional das decisões anteriores*” tão somente “*à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões*” (Guest, 2010, p. 61). Se o campo gravitacional das decisões anteriores deve ser limitado “*à extensão dos argumentos de princípio que foram necessários para justificá-las*”, disso se segue, portanto, que os precedentes “*não têm força de promulgação*” (Motta, 2012, pp. 183-184).

Essa interpretação sobre a doutrina do precedente contrapõe-se àquela que compreende o *stare decisis* (e, portanto, a *ratio decidendi* da decisão precedente que estiver em questão) como uma *regra disposta*. Segundo essa concepção, ao decidir uma disputa particular, a Corte da qual emana o precedente estará criando uma *regra através da qual se resolve aquele tipo de disputa* (Cf. Lamond, 2011). Aqui, portanto, torna-se ainda mais nítida a aproximação de Dworkin à interpretação do precedente como a aplicação dos princípios subjacentes à decisão. Afinal, sabe-se que, em seu célebre “ataque geral” ao positivismo jurídico (Dworkin, 2002, p. 35), Dworkin dispôs que, diferentemente do que entendia H. L. A. Hart, o Direito não seria um (mero) conjunto de regras (Hart, 2012, pp. 103-118) – uma vez que, há, em qualquer sistema jurídico, “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente” (Dworkin, 2002, p. 36). Para Dworkin, pois, o Direito é um conjunto de *regras e princípios*,⁶ e é exatamente por isso que o autor segue essa que pode, inclusive, ser uma variação (ou espécie) daquilo que o próprio Dworkin chamou de doutrina *atenuada* do precedente – segundo a qual o juiz deve atribuir *peso* a decisões anteriores, e que deve segui-las “*a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor*” (Dworkin, 1999, p. 31).

⁶ É importante frisar que o papel dos princípios na prática jurídica não é a única crítica – ou melhor, o único *elemento da crítica* – de Dworkin ao positivismo jurídico. Para o escopo deste trabalho, é verdade, o papel dos princípios no Direito é a consideração mais relevante a ser trazida, uma vez que indica de forma muito explícita a maneira através da qual a doutrina do precedente funciona em Dworkin. De todo modo, é sempre importante lembrar que o ataque geral de Dworkin ao positivismo pressupõe, além do papel normativo dos princípios, que o convencionalismo positivista é incapaz de explicar – justamente, através de suas *convenções* – os *desacordos teóricos* no Direito. O positivismo – assim como as demais teorias *semânticas* (notadamente o jusnaturalismo e o pragmatismo jurídico) –, justamente por basear-se em convenções, considera que só é possível discutir razoavelmente sobre Direito “*se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses*” (Dworkin, 1999, p. 55).

A partir dessa explicação, não se exige um ônus argumentativo muito significativo para explicar por que Dworkin é, de fato, para além de meras questões locais, um autor muito próprio do *common law*: toda sua concepção é construída *no* e *para* o contexto anglo-saxão em sentido *lato*. Dworkin chega a afirmar que a similaridade entre a prática jurídica e o projeto de um romance em cadeia é, de fato, muito mais evidente no *common law* – quando “nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira”, justamente, “em torno de quais regras ou princípios [...] ‘subjazem’ a decisões de outros juízes no passado”⁷ (Dworkin, 2001, p. 238). Logo, a analogia do romance em cadeia é, sim, muito característica da atuação dos juízes e Tribunais norte-americanos, e isso fica ainda mais claro quando compreendemos⁸ que, em Dworkin, a aplicação do precedente não é algo mecânico, rígido. Assim, pergunta-se: o romance em cadeia é possível aqui? Dito de outro modo: explicar a prática jurídica a partir de um romance escrito em cadeia é capaz de oferecer uma concepção adequada de *nossa* prática jurídica, pautada sob um contexto de *civil law*?

Evidentemente – na medida em que o próprio Dworkin, como visto, afirma que a analogia é muito mais evidente sob um sistema pautado a partir do *common law* –, qualquer tentativa de *importação* integral da analogia do romance em cadeia como uma tentativa de explicação plena de nossa prática jurídica seria, no mínimo, apressado. Contudo, da mesma forma através da qual Dworkin interpreta a doutrina do precedente – isto é, como uma compreensão interpretativa que se dá a partir dos princípios subjacentes, e não em mera aplicação mecânica –, também é possível *abordar a nossa prática jurídica do civil law a partir de princípios que subjazem à analogia proposta por Ronald Dworkin*. O que se quer dizer, simplificando, é que, ainda que a analogia do romance em cadeia tenha sido construída com a intenção de representar uma concepção interpretativa acerca do Direito norte-americano – o que impossibilita(ria) qualquer tentativa de explicação simplificada de nossa própria prática jurídica a partir de uma mera repetição da analogia *dworkiniana* do Direito como projeto literário –, é possível,

⁷ Uma vez mais, fica muito clara a adesão de Dworkin à interpretação da prática do precedente como uma doutrina relacionada aos princípios subjacentes à decisão passada, e não, meramente, à disposição de uma regra exposta na *ratio decidendi*.

⁸ Além de recordarmos que os termos empregados ao longo do já abordado debate Dworkin-Fish por ambos autores já denotavam isso, uma vez que referem-se sempre à atuação dos juízes e das Cortes.

a partir dela, que tracemos paralelos interessantes que auxiliam na busca por um Direito *íntegro e coerente*.

Por quê? Justamente porque as *exigências* do Direito compreendido como o projeto de um romance em cadeia subentende, em si, os ideais de coerência e integridade. Por óbvio, no *civil law*, o papel da jurisprudência é menos central que no *common law*; contudo, tanto em um quanto no outro, os juízes terão a incumbência, a responsabilidade de decidir de acordo com “o propósito ou o tema da prática [jurídica] até então” (Dworkin, 2001, p. 238). E se “a integridade exige que as normas públicas sejam criadas e vistas [...] de modo a expressar *um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção*” (Dworkin, 1999, p. 264), disso se segue que, seja no *common law*, seja no *civil law*, os juízes devem *sempre* levar em conta sua responsabilidade política de adequar sua atuação à prática institucional em que estiverem inseridos.

Para além disso, ainda que a prática de um romance em cadeia não seja uma representação direta, explícita, do que fazem os juízes no Brasil, há outro fator importantíssimo na obra de Dworkin – que, lembremos, é, sempre, por razões óbvias, subjacente à analogia *dworkiniana* do romance em cadeia – que tem muito a contribuir com nossa prática: a lógica por trás dos princípios. No Brasil, é comum observarmos aquilo que Streck chamou de *pamprincipiologismo*: “princípios” com pretensões retórico-corretivas, que, sem qualquer ajuste institucional, servem de meros enunciados performativos para justificar qualquer decisão (Streck, 2017, pp. 554 e ss.). Ora, os princípios, em Dworkin – como já visto indiretamente –, servem para *justificar* as regras. Ao contrário de abrir, os princípios *fecham* a interpretação (Motta, 2017, p. 169).

Mais do que isso, as contribuições de Ronald Dworkin à compreensão acerca do papel do precedente judicial no sistema anglo-saxão servem também para sinalizar que, ao contrário do que uma significativa parcela da doutrina brasileira tem dito, o Brasil, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, *não* inaugurou um novo “sistema” [*sic*] de precedentes vinculantes. De acordo com Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, em coautoria com sua assessora, Patrícia Mello, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) “instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau” (Mello e Barroso, 2016, p. 18). É, portanto, à luz do art. 927 do CPC, segundo o qual os

juízes ou Tribunais observarão (i) as súmulas vinculantes; (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados essa disposição legal, e de uma suposta busca por segurança jurídica, que alguns autores defendem, à luz do que fizeram Barroso e Mello, que os “precedentes” [sic] brasileiros são “mandamentos normativos”, oriundos das Cortes que seriam responsáveis por “dar a última palavra”, e “*sempre obrigatórios*” (Marinoni *et al.*, 2016, pp. 605, 611). Ora, as considerações de Dworkin sobre a própria doutrina do precedente e seu funcionamento no *common law*, aliadas, justamente, aos ideias de coerência e integridade,⁹ indicam que se o respeito às decisões do passado exige *coerência com os erros*, é difícil que tal exigência seja razoável. Eficiência e justiça não justificam uma prática que autoriza os tribunais a *errar por último*, porque *a própria ideia de integridade exige que, para além de uma obediência cega, as cortes devem levar sua história a sério e respeitar a integridade do Direito* (Cf. Hershovitz, 2006). Defender que as Cortes tenham a última palavra inclusive para errar “[t]rata-se de uma opção, no mínimo, autoritária, e que parte de uma compreensão equivocada que a interpretação é ato de vontade” (Raatz, 2016).

Em suma, o que se quer dizer é que, ainda que o romance em cadeia seja uma analogia proposta por Dworkin a fim de oferecer uma concepção capaz de explicar adequadamente a prática jurídica norte-americana, de forma muito característica do *common law* – algo que o próprio autor reconhece –, nossa prática jurídica, à luz do que Dworkin levanta ao tratar dos precedentes, tem muito a aprender com tudo aquilo que está subjacente à analogia *dworkiniana*. Uma compreensão adequada (i) do papel dos princípios e (ii) do real funcionamento do precedente legítimo do *common law* tornará nossa prática jurídica muito mais apta a “oferecer uma justificativa moral para exercer o

⁹ Que, lembremos, é exigência legal no Brasil, vide o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O Projeto original do Código exigia apenas que a jurisprudência respeitasse sua “estabilidade” – contudo, por influência direta de Lenio Streck, o CPC/15 incluiu a exigência de respeito à coerência e à integridade, em uma verdadeira conquista principiológica (Streck, 2016, p. 1210).

poder político que exerce” (Dworkin, 1999, p. 120), e uma concepção adequada de Direito, repitamos, não exige somente estabilidade nas decisões judiciais; exige também, como vimos, para além disso, coerência e integridade.¹⁰ Se Dworkin combinou, muito bem, *descrição* e *prescrição*, vale dizer que, por questões já explicitadas neste tópico, talvez o romance em cadeia não *descreva* diretamente nossa prática jurídica em sua totalidade, mas seus princípios subjacentes *prescrevem* muito do que nosso Direito deve(ria) ser.

DIREITO COMO INTEGRIDADE E O CONFLITO (?) ENTRE O PASSADO E A RENOVAÇÃO

A analogia do romance em cadeia é crucial para uma melhor compreensão acerca da proposta *dworkiniana* de Direito como integridade. Afinal se, em Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo, no qual “os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la” (Dworkin, 1999, p. 109), ajustando suas decisões à prática preexistente por meio da interpretação. A prática jurídica e a atuação dos juízes assemelha-se, pois, a um projeto no qual os participantes não são livres para atribuir sentidos arbitrários ao que se interpreta.

É bem possível que a crítica de Fish, abordada anteriormente, no sentido de que essa espécie de *constrangimento* que sofrem os juízes diante da história institucional insistiria em ilusões positivistas segundo as quais o Direito já sempre existiria de antemão no ato de aplicação – bastando apenas seu *descobrimento* – tenha surgido a partir de concepções como essas. Contudo, Fish não foi capaz de levar, adequadamente, em conta o *sentido* da interpretação *enquanto interpretação* na analogia do romance em cadeia.

O Direito como integridade, acertadamente, sabe que “a situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes” (Dworkin, 1999, p. 75). É desde Gadamer (1999) que não mais se *extrai*, mas *atribui-se* sentido. Reconhecendo isso, e compreendendo a interpretação como *construtiva*, Dworkin sabe que a interpretação decide não apenas por que aquilo que é interpretado existe, mas também o que, devidamente compreendido, *aquilo que é interpretado agora requer*. Em outras palavras, “*valor e*

conteúdo se confundem”, e “a interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação” (Dworkin, 1999, pp. 58-59). Diferentemente do que talvez dê a entender Fish, por exemplo, um dos grandes acertos da analogia de Dworkin e da própria concepção de Direito como integridade está, como se percebe a partir de sua obra, na compreensão de que *interpretação* e *aplicação* não são cindíveis. Qualquer concepção que trabalhe a partir de uma perspectiva segundo a qual “interpretação” e “aplicação” exercitar-se-iam sobre objetos distintos estará, invariavelmente, insistindo em uma cisão entre *texto* e *norma*, como se a *interpretação* tivesse por objeto *textos normativos* e a *aplicação*, por sua vez, teria por objeto *normas*.

Ora, o intérprete não pode atribuir sentido, livremente, ao texto, como se *texto* e *norma* estivessem separados – essa atribuição de sentido seria absolutamente arbitrária e, portanto, anti-hermenêutica. Há, entre *texto* e *norma*, uma *diferença ontológica*, não uma separação (Cf. Streck, 2013, pp. 354-355). Dworkin reconhece isso, e é exatamente nesse ponto que Dworkin rechaça qualquer aproximação com a rigidez convencionalista e a liberdade pragmático-realista. Os intérpretes constroem, mas, inseridos na tradição, assim o fazem sem que haja discricionariedade. É por isso que “o Direito como integridade condena o ativismo” (Dworkin, 1999, p. 452), e isso só é plenamente possível por estar, enquanto concepção, justamente, alheio a paradigmas dos paradigmas filosóficos das metafísicas (entendidas em seu sentido ontoteológico)¹¹ clássica e moderna, superados, já há muito, pelo giro ontológico-linguístico.

¹¹ Aqui, ressalte-se, falamos de metafísica enquanto ontoteologia, e não a metafísica no sentido do segundo caminho de Aristóteles, por ele denominado de “*epísteme zetouméne*”, ou seja, *ciência procurada*. É como bem define Ernildo Stein: “Assim se, por um lado, a ontoteologia nos impõe a teoria do conhecimento para poder continuar a questionar o problema do saber na Filosofia, podendo este, no entanto, multiplicar-se indefinidamente, sempre trazendo novos argumentos de fundamentação; por outro, a ontoteologia nos impede uma Filosofia da finitude, na qual pudesse ser recuperada uma nova tarefa de pergunta pelo ser. Assim sendo, não é tão inocente essa manobra que nos impõe a ontoteologia pela teoria do conhecimento. [...]. Quando falamos em metafísica hoje, não falamos num regresso a um nicho protetor numa atitude regressiva. Apenas é preciso ter o cuidado para saber de que metafísica façamos. É por isso que convém repetir o mote de Heidegger: ‘A superação da metafísica não é o fim da metafísica’. Com ele, o filósofo salvara a grande metafísica de Aristóteles do platonismo, mantendo-a certamente num movimento de abertura como ciência procurada sob dois aspectos. Primeiro, como uma ciência incompleta, na medida em que não podia se desenvolver a partir do discurso humano da predicação de que faziam uso as Ciências Naturais, ou então como as outras formas de conhecimento. Como o ser continuava aí, entretanto, ele também não se podia desenvolver por meio de uma experiência direta, mas implicada no discurso humano. O segundo aspecto pelo qual ela permanecia incompleta era porque sempre se moveria numa situação paradoxal ou antitética. A metafísica era, por outro lado, necessária, porque a questão do ser enquanto ser acompanhava toda a experiência, e, por outro, era impossível, porque não há uma teoria do ser como a teoria das ciências, o ser é uno, e da unidade não se pode fazer um discurso científico. Aristóteles, porém, sustenta essa impossível necessidade, e essa necessária impossibilidade, na medida em que lança essa questão da ciência procurada do ser quanto ser

É nesse sentido, portanto, que o Direito como integridade e a prática jurídica compreendida como o projeto do romance em cadeia combina elementos que se voltam, concomitantemente, ao passado e ao futuro. A prática jurídica, como o romance, estará sempre “em processo de desenvolvimento” (Dworkin, 1999, p. 271). O acerto de Dworkin, portanto, reside na ideia de que sua teoria concorda(ria) que, contrariando o que se pode entender à primeira vista, *não há um conflito* ou uma dicotomia *entre o passado e a renovação*. Afinal, só há valor histórico quando o passado é entendido em sua continuidade com o presente (Streck, 2013, p. 307), e é por isso que o Direito entendido como um romance construído em cadeia é, como a interpretação em Gadamer, uma prática “que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas” (Dworkin, 1999, p. 75). “Os juízes [...] são igualmente autores e críticos” (Dworkin, 1999, p. 275), e a prática contemporânea deve ser “organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”. Em virtude de sua própria natureza, o Direito é uma prática construtiva, que “começa no presente e [...] [volta-se] para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine” (Dworkin, 1999, p. 274).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu com este breve ensaio, portanto, foi abordar a analogia inaugurada por Dworkin entre a prática jurídica e o projeto de um romance em cadeia e se a proposta é capaz de oferecer uma concepção adequada do Direito. Na mesma linha, portanto, buscou-se (i) questionar em que medida a analogia – construída por Dworkin sob o contexto do Direito norte-americano e, logo, pautada por toda a lógica de um ordenamento jurídico inserido no âmbito do *common law* – pode explicar a prática jurídica brasileira – logicamente, inserida em um contexto muito distinto de *civil law* –, e, além disso (ii) verificar como o Direito enquanto prática interpretativa é capaz de resistir ao apego às convenções (e, portanto, ao *passado*) e a um ideal pragmático-

no *ideal*. Mesmo que seja impossível uma ciência una do ser, a ideia de tal ciência subsiste, contudo, como um desejo, como uma exigência sempre presente. É por isso que Aristóteles afirma que o ideal da ciência una do ser é o ideal de uma ciência ‘procurada’, ou melhor, ‘eternamente procurada’” (Stein, 2014, pp. 48-50).

prospectivo (vinculado tão somente ao *futuro*), apresentando-se como uma teoria entre o passado e sua renovação.

Para tanto, em um primeiro momento, abordou-se o debate entre Ronald Dworkin e Stanley Fish, crítico literário segundo quem o Direito não seria bem explicado se entendido como o projeto de um romance em cadeia. Para Fish, Dworkin estaria fadado a repriminar as concepções convencionalistas e realistas que tanto criticava, uma vez que o primeiro juiz da cadeia teria liberdade absoluta (como um juiz realista), ao passo que os juízes subsequentes estariam vinculados a um mito de o Direito como já sempre preexistente nas convenções (como uma concepção positivista). Fish dirá que a analogia de Dworkin é incapaz de compreender que não há uma continuidade, uma *cadeia*, mas *uma nova história reescrita a cada decisão judicial*.

Fish não compreende adequadamente a concepção *dworkiniana*. Em Dworkin, um hipotético primeiro autor/juiz jamais seria totalmente livre, já que, desde sempre, constrangido pela própria história de moralidade política da comunidade em que inserido, ao mesmo tempo em que os juízes subsequentes jamais estariam presos a meras convenções, já que sua responsabilidade de combinar história institucional e moralidade política é interpretativa por essência.

Feita essa consideração, este artigo passou a explicar o papel da concepção de Dworkin no *common law* e seus institutos (e, ao mesmo tempo, por que o romance em cadeia é uma analogia típica do cenário anglo-saxão), demonstrando que o Direito como integridade entende que a doutrina do *stare decisis* deve ser considerada como uma tradição na qual a força vinculante do precedente está *nos argumentos de princípio que justificam a decisão pretérita*, e não em mera convenção ou regra disposta. A partir do questionamento seguinte – se o romance em cadeia é típico do *common law*, como ele deve ser encarado no Brasil? –, feitas breves distinções entre os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law*, entendemos que a metáfora do romance em cadeia, por óbvio, não vai *descrever* perfeitamente a prática jurídica inserida em um sistema para o qual a analogia não foi originalmente construída, mas pode ter seus princípios subjacentes como uma *prescrição* acerca de como uma prática jurídica pode ser melhor *justificada* se a história institucional for respeitada e continuada com o respeito aos ideais de coerência e integridade.

Por fim, discorreu-se acerca do grande acerto de Dworkin ao, aproximando-se da tradição hermenêutico-filosófica continental, deixar implícito em sua obra que *interpretação e aplicação* não são cindíveis. É justamente com base nessa compreensão que Dworkin é capaz de construir as bases para uma teoria que demonstra não haver um conflito entre o respeito ao passado, à tradição, e a renovação das práticas de uma comunidade à luz do que o desenvolvimento de sua moralidade política exige, já que o Direito, entendido como uma prática de *interpretação construtiva*, estará sempre em desenvolvimento, já que, assim, o presente equilibra-se com a tradição e, a partir disso, a prática jurídica é capaz de levar em conta princípios sólidos a partir dos quais se constrói o futuro.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: an essay on Tolstoy's view of history*. Princeton: Princeton University Press, 2013. 144p.
- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. 192p.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012. 515p.
- DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 9, n. 1, p. 179-200, set. 1982.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.
- DWORKIN, Ronald. My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More. In: MITCHELL, W. J. T. (ed.). *The politics of interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, 1983. 386p.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593p.
- FISH, Stanley. Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 9, n. 1, p. 201-216, set. 1982.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1999. 731p.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 313p.
- HERSHOVITZ, Scott (ed.). *Exploring Law's Empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 400p.
- LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysics Research Lab -

Stanford University, 2011. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *The savage mind*. Chicago: The University of Chicago Press, 1966, 310p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1101p.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and legal theory*. Oxford e Portland: Hart's Publishing, 2005. 190p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 3, pp. 9-52, jul./set. 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 232p.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017. 271p.

PERRY, Stephen R. Judicial obligation, precedent, and the common law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 7, n. 2, pp. 215-257, jul. 1987.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 03 out. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

SCHELLY, Judith M. Interpretation in Law: the Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama). *California Law Review*, Berkeley, v. 73, n. 1, p. 158-180, jan. 1985.

STEIN, Ernildo. *Às voltas com a metafísica e a fenomenologia*. Ijuí: Unijuí, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 455p.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. 712p.