



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ - CESUPA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

LORENA MESQUITA SILVA VIANA

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À
LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD
DWORKIN**

Belém-Pará
2015

LORENA MESQUITA SILVA VIANA

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À
LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD
DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.
Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

Belém-Pará
2015

LORENA MESQUITA SILVA VIANA

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À LUZ DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA, área de concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Data da Defesa: 30/06/2015.

Nota/Conceito: APROVADA

Banca Examinadora

Orientador. Prof. Dr. Jean Carlos Dias
Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará

Prof. Dr. Paulo de Tarso Dias Klautau Filho
Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará

Dedico essa conquista aos meus pais, Gilvandro e Rosemeire, por serem os principais responsáveis pela pessoa que sou e, sobretudo, por sempre terem sido os alicerces da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aproveito esta oportunidade para mencionar as pessoas que contribuíram e deram fundamental apoio ao longo dessa árdua, porém gratificante, experiência acadêmica. São eles:

Aos meus pais, **Gilvandro e Rosemeire**, pela atenção e dedicação na minha formação pessoal e acadêmica, como também pelas palavras sempre de apoio, que, como nenhuma outra, me deram o impulso e a tranquilidade necessária para a concretização dos meus objetivos;

Aos meus irmãos, **Tiago e Monique**, que, apesar da distância, sempre me incentivaram e, ainda que indiretamente, pelo exemplo de garra e humildade de cada um deles, deram-me forças para seguir em frente.

Ao meu marido, **Marcelo**, pela paciência, pelas palavras amigas, pela companhia e apoio incondicional, sem os quais certamente não teria superado momentos de dificuldade, tampouco trilhado a mesma trajetória de vida. Amo você!

Ao meu orientador, **Professor Jean Carlos Dias**, pela paciência e confiança com que conduziu a orientação desta pesquisa, abrindo os meus horizontes e as perspectivas de abordagem.

Aos meus **amigos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do CESUPA**, que dividiram momentos de alegrias, realizações e de dificuldades. Vocês tornaram esta jornada acadêmica muito mais prazerosa.

A todos que, ainda que indiretamente, contribuíram para a realização de mais essa etapa da minha jornada acadêmica.

E, sem dúvida, ao maior responsável por todas as minhas conquistas: **Deus**, em quem eu sempre me refugio e deposito toda a confiança pela condução da minha vida. Sem Ele, eu simplesmente nada seria.

“Todos possuem a vontade de vencer, mas poucos
possuem a vontade de se preparar para vencer.”
(Vince Lombardi)

RESUMO

O conceito de dignidade da pessoa humana remete a um conteúdo valioso e imprescindível para a interpretação e para a estruturação do raciocínio jurídico. Apesar disso, há um desacordo geral quanto ao sentido atribuído a esse conceito. Tratado pela comunidade jurídica sob uma linguagem extremamente ampla e abstrata, o termo tem se apresentado a partir de abordagens distintas acerca do seu objeto e extensão. Não raro, operadores do direito têm utilizado o conceito, sobretudo em casos difíceis (*hard cases*), a partir de critérios métricos e como elemento de defesa à supressão ou à restrição arbitrária de direitos, servindo, assim, aos mais diversos propósitos na seara jurídica. Nesse cenário, tem-se que, a depender do modo pelo qual se compreende a divergência no direito, a natureza do conceito de dignidade e o modo de sua interpretação, distintas serão as consequências para o exercício da função jurisdicional e para a realização de direitos. Assim, por ser reduzida, ou talvez nula, a quantidade de estudos que questionem a natureza da divergência no tratamento da dignidade da pessoa humana, como também debatam o conteúdo moral desse conceito em uma perspectiva ampla e integrada, esta pesquisa se justifica pela relevância de se compreender a normatividade da dignidade humana e de se propor uma reconstrução jurídica do conceito, de modo que a sua interpretação e aplicação sejam mantidas íntegras e coerentes dentro do cenário jurídico brasileiro. Nesses termos e tomando como referência a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, a discussão que norteia o desenvolvimento desta pesquisa é conduzida em reconhecer se os argumentos antagônicos de cada abordagem jurídica acerca da noção de dignidade se situariam sobre a fundamentação e o conteúdo desse conceito, inserindo-se na modalidade teórica de divergência. Assim, também se questiona a natureza interpretativa do conceito, o seu papel como guia interpretativo e conciliador de juízos morais e, ante a análise crítica de uma amostra de decisões do Supremo Tribunal Federal, o modo de abordagem judicial do conceito de dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Divergências teóricas. Interpretação. Integridade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The concept of human dignity refers to a valuable and an indispensable content for the interpretation and structuring of legal reasoning. Nevertheless, there is a general disagreement about the meaning of this concept. Treated by the legal community in an extremely broad and abstract language, the term has been shown from different approaches about its object and extension. Often, legal practitioners have used the concept, especially in hard cases, from metric criteria and as a defense evidence to erase or to an arbitrary restriction of rights, serving to the most various purposes in the legal sphere. On this scenario, depending on the way we understand the law divergence, the nature of the dignity's concept and the way of interpretation, there will be different consequences for the exercise of judicial functions and to the realization of rights. Thus, by being reduced, or perhaps zero, the amount of studies that question the nature of the divergence in the treatment of human dignity, as well as discuss the moral content of this concept in a broad and integrated perspective, this research is justified for the relevance to understand the normativity of human dignity and to propose a legal reconstruction of the concept, so that its interpretation and application are kept intact and consistent within the Brazilian legal scenario. In these terms and taking the reference of the theory of law as integrity by Ronald Dworkin, the discussion that guides the development of this research is conducted to recognize if the opposing arguments of each legal approach on the notion of dignity would be located on the grounds and the content of this concept, inserting the theoretical mode of divergence. Thus, also questions the interpretive nature of the concept, its role as an interpretive guide and conciliator of moral judgments and, facing the critical analysis of some decisions of the Supreme Court, the judicial approach of the concept of human dignity.

Keywords: Human dignity. Theoretical Divergence. Interpretation. Integrity. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO.....	16
1.1 CATEGORIAS NORMATIVAS NO DISCURSO JURÍDICO: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	19
1.1.1 A força normativa dos princípios.....	19
1.1.2 Princípios e regras: distinções elementares.....	26
1.2 EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS.....	34
1.2.1 Noções preliminares sobre a eficácia jurídica das normas.....	35
1.2.2 Modalidades de eficácia associada aos princípios.....	38
CAPÍTULO II - A RECONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DA ABORDAGEM DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	45
2.1 DIVERGÊNCIAS NO DIREITO.....	46
2.1.1 Divergências teóricas são interpretativas.....	49
2.1.2 A vulnerabilidade da metodologia descritiva de Hart e o agulhão semântico: o debate Hart vs. Dworkin.....	51
2.2 O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO.....	60
2.2.1 Interpretação construtiva. O exercício literário de construção de um “romance em cadeia” (<i>chain novel</i>).....	60
2.2.2 Conceito, concepções e paradigmas do Direito.....	64
2.2.3 Concepções de Direito.....	70
2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO GUIA NA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS MORAIS.....	73
2.3.1 Desacordos genuínos de valor, interpretação e responsabilidade.....	73
2.3.2 Dignidade: princípios éticos fundantes.....	80
2.4 CONSIDERAÇÕES PARCIAS: A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE DWORKIN PARA A SOLUÇÃO INTERPRETATIVA DE CASOS JUDICIAIS CONTROVERSOS.....	81
CAPÍTULO III - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DO CONCEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	84
3.1 PANORAMA DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO.....	85
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS JULGAMENTOS DO STF: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	90
3.2.1 A eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana reduzida à noção do mínimo existencial.....	91
3.2.2 A colisão entre princípios, o artifício da ponderação e o prejuízo à integridade no Direito.....	96
3.2.3 Pesquisa em células-tronco embrionárias e a indefinição do conteúdo da dignidade da pessoa humana.....	103
3.2.4 O julgamento da ADPF nº. 54 e a dignidade da pessoa humana: as diferentes concepções de um conceito.....	112

3.2.5 Análise conclusiva segundo a virtude da integridade defendida por Dworkin.....	115
CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a dignidade da pessoa humana consagrou-se como um dos maiores exemplos de consenso ético e moral do Ocidente, sendo mencionado em diversos documentos jurídicos de caráter nacional e internacional. Não há dúvidas, portanto, que o conceito remete a um conteúdo valioso e imprescindível para a interpretação e para a estruturação do raciocínio jurídico.

Apesar disso, há um desacordo geral quanto ao sentido atribuído a esse conceito. Tratado pela comunidade jurídica sob uma linguagem extremamente ampla e abstrata, o termo tem se apresentado a partir de abordagens distintas acerca do seu objeto e extensão.

No âmbito de processos judiciais inseridos na zona do que Ronald Dworkin denominou de casos difíceis (*hard cases*), sobretudo, é ainda mais controversa a delimitação do conteúdo e o modo de interpretar a dignidade da pessoa humana. Em casos assim designados difíceis, cujo recurso a regras ou a princípios é problemático, maior é a frequência com que juristas têm recorrido a soluções que visam conceber a dignidade humana como elemento de defesa contra a supressão ou a restrição arbitrária e desproporcional de direitos.

Em sua maioria, o conceito ou é invocado como reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico que tão só reflete os valores de quem o utiliza. Na prática, os discursos jurídicos apenas apresentam, a partir de critérios indeterminados e variados, a dignidade humana sob uma justificativa descritiva e hierárquica, em detrimento da exploração do seu conteúdo dentro de uma compreensão abrangente e responsável do ordenamento jurídico. Como consequência, o conceito acaba por se tornar subordinado à discricionariedade do julgador, que, sob a aparência de conferir efetividade a direitos, banaliza a sua aplicação e acaba por enfraquecer o seu sentido normativo.

Nesse sentido, a problemática desta pesquisa, melhor detalhada nas linhas seguintes, volta-se justamente para a discussão, baseada na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, sobre o tipo de divergência na abordagem judicial da dignidade humana, a sua natureza interpretativa e o modo com que o conceito tem sido empregado pelo Judiciário Brasileiro na fundamentação de decisões.

Isso porque, juízes e advogados, em regra, limitam-se a reconhecer que as divergências acerca do conceito de dignidade da pessoa humana se apresentam tão somente sob a modalidade que Dworkin denominou de “empírica”. Nesse caso, o desacordo ocorre na aplicação jurídica do conceito, uma vez que os juristas supõem o acordo quanto aos seus fundamentos, mas discordam quanto à observância desses critérios no caso concreto.

Por outro lado, caso reconhecido que cada abordagem jurídica acerca da noção de dignidade da pessoa humana possuiria natureza interpretativa, refletindo concepções concorrentes sobre a melhor interpretação, a divergência se situaria sobre a fundamentação e o conteúdo desse conceito. Isso significa dizer que o desacordo decorreria de discordâncias quanto aos próprios fundamentos do conceito, enquadrando-se ao que Dworkin denominou de divergência “teórica” no direito.

Desta feita, a dificuldade jurídica de superar a imprecisão na definição de direitos fundamentais e o problema de sua concretização, por exemplo, persiste na medida em que diferentes operadores do direito, ainda sob uma tradição altamente positivista, adotam, nos termos do que definiu Ronald Dworkin em sua obra “Império do Direito”, distintas “teorias semânticas” da noção de dignidade da pessoa humana, que buscam, sem êxito, identificar e compartilhar critérios comuns para a sua aplicação.

Isso porque muitas das controvérsias interpretativas no Direito, segundo Dworkin, resultariam de diferenças quanto ao argumento que melhor justifica e substantivamente descreve uma prática jurídica. Nesse sentido e diante da perspectiva interna de juízes e de demais juristas, as discordâncias quanto ao empreendimento interpretativo do Direito não se relacionariam a problemas de significado ou de linguagem, mas a questões de interpretação quanto à concepção mais bem ajustada e coerente de um conceito.

Cumprido ressaltar que, em uma das mais recentes obras de Dworkin, “Justiça para Ouriços”, o jusfilósofo concebe uma teoria unitária de valores éticos, morais e políticos, em que, reconhecendo o uso inadequado do conceito de dignidade, propõe uma concepção que funcionaria como guia para a interpretação de conceitos morais. Diversamente do que muitos aplicadores do direito podem pensar (e pensam), a dignidade não poderia ser reconhecida, segundo Dworkin, como um conceito criterial, que as pessoas, em um alto nível de abstração, concordariam quanto aos critérios corretos para a sua aplicação. Na verdade, a dignidade corresponderia a um conceito moral de natureza interpretativa, pertencente ao domínio do valor, de tal modo que divergências no seu tratamento decorreriam de desacordos quanto aos valores que melhor o justificam.

A discussão, então, é conduzida à possibilidade de reconhecer que o conceito de dignidade da pessoa humana funcionaria como interpretativo, nos moldes do definido por Dworkin, e que, por isso, a sua justificação deveria se dar por meio de uma atitude interpretativa de natureza conceptual. Se assim for, os aplicadores do direito compartilhariam as práticas e experiências que compõem o conceito em questão, muito embora apresentem

divergências de natureza interpretativa sobre a reconstrução teórica (concepção) dos valores que melhor os descrevem e os justificam.

Assim, baseado em uma perspectiva moral mais ampla do que a adotada em “O Império do Direito”, o critério da integridade, que compõe a hermenêutica jurídica defendida pelo autor, é resgatada por Dworkin, vinculando-o à ideia de responsabilidade moral, para retratar a necessidade de continuamente se promover uma interpretação unitária e coerente da melhor leitura que uma tradição pode oferecer.

Diante disso, o fato é que, a depender do modo pelo qual se compreende a divergência no direito, a natureza do conceito de dignidade humana, o modo de sua interpretação e a plausibilidade da estratégia dworkiniana de conciliação de valores, distintas serão as consequências para o exercício da função jurisdicional e para a realização de direitos, sobretudo, em casos difíceis.

Registre-se que, em tema de efetivação de direitos fundamentais, o próprio Poder Público possui um longo histórico de inércia e omissão. Diariamente, multiplicam-se as demandas judiciais em desfavor do Estado reivindicando medidas destinadas a garantir efetividade a esses direitos. Os Tribunais pátrios, por sua vez, vêm se valendo, em muito, da dignidade da pessoa humana como fundamento para a solução dessas controvérsias, muito embora, em prejuízo à consistência da fundamentação judicial e à própria atividade interpretativa, a noção quase sempre decorra de critérios métricos, pouco explicitados e que nada dizem sobre o conteúdo do conceito. Em verdade, os juristas pressupõem, como um acordo abstrato e inicial, mas sem qualquer explicação substantiva, que eles compartilhariam os mesmos critérios, para a identificação e a aplicação do conceito de dignidade, ainda que desconheçam em que sentido são faticamente aplicados.

Desta feita, não é recente a preocupação da comunidade acadêmica em colocar em pauta a discussão a respeito das possibilidades de realização judicial dos direitos fundamentais e do modo pelo qual se manifesta a conexão entre esses direitos e a dignidade da pessoa humana. Os estudos, em sua grande maioria, contudo, têm se orientado a propor critérios métricos à dignidade humana, limitando-a, por exemplo, à noção não positivada de mínimo existencial, como forma de legitimar eventual intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses de omissão ou promoção estatal insuficiente de direitos fundamentais.

O que se observa, portanto, é a reduzida quantidade ou talvez a ausência de estudos sistemáticos que reconheçam não só a existência da divergência teórica na delimitação da dignidade da pessoa humana, como também a necessidade de debater o conteúdo moral desse conceito sob uma perspectiva ampla do direito e integrada ao contexto em que é inserido.

Trata-se, assim, da importância de se compreender a normatividade da dignidade humana e a necessidade de manter íntegra e coerente a interpretação do conceito, em detrimento de uma aplicação casuística e superficial do termo na solução de casos judiciais.

Diante desse cenário, é de extrema relevância discutir, com apoio na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, se a divergência na abordagem da dignidade da pessoa humana é teórica, questionando-se a natureza interpretativa do conceito, o seu papel como guia interpretativo e conciliador de juízos morais e, ante uma análise crítica a decisões do Supremo Tribunal Federal - STF, o modo de abordagem da dignidade da pessoa humana na fundamentação de decisões judiciais.

Assim sendo, as etapas desta investigação científica serão percorridas a partir das bases lógicas oferecidas pelo método hipotético-dedutivo de abordagem, face à necessidade de se realizar, frente ao marco teórico escolhido, uma observação científica sistemática voltada para a compreensão e para a busca de uma solução “verdadeira” no âmbito do discurso judicial em matéria de dignidade da pessoa humana.

Pretende-se, com isso, desenvolver um modelo teórico capaz de oferecer o conhecimento necessário para a compreensão e a fundamentação da tese aventada no decorrer da atividade investigativa, segundo a qual a dignidade humana é um conceito interpretativo, cuja divergência teórica na sua abordagem seria solucionada por uma atitude interpretativa e construtiva do aplicador que, dentre as concepções possíveis, busca a que melhor justifica e se adequa à prática jurídica. E, considerando a facilidade com que o princípio da dignidade é invocado pelos Tribunais Pátrios, inclusive, pelo STF, para fins e justificativas amplamente diversas, complementa-se a hipótese formulada, a ser testada ao longo da pesquisa, de que reduzida é a adesão da Suprema Corte Brasileira, pelo menos em tema de dignidade humana, à virtude da integridade proposta por Dworkin.

Assim, propõe-se, a partir da contextualização normativa do conceito de dignidade e da apresentação da tese do direito como integridade de Ronald Dworkin e das suas implicações para a solução do problema científico, testar a hipótese formulada, confrontando-a a eventuais condições de refutação prévia extraídas de dados empíricos sobre a realidade jurisprudencial brasileira no tratamento do conceito.

Nesse sentido, esta pesquisa visa, com base no método indicado, verificar com rigor a hipótese levantada, contrapondo-a a possíveis contradições e objeções doutrinárias e filosóficas, de sorte a produzir um processo argumentativo consistente que dê validade à solução perseguida.

Para tanto e considerando a forma de abordagem do problema, este estudo se desenvolverá, mediante uma pesquisa de cunho qualitativo, com vistas à compreensão das particularidades e da complexidade que envolve o exame das divergências teóricas acerca da noção de dignidade da pessoa humana, a natureza do seu conceito e as implicações das conclusões obtidas para a interpretação e para a satisfação judicial de direitos.

E tendo como base os tipos de pesquisas descritiva, explicativa, bibliográfica e documental, serão analisadas as bases jurídicas de cunho doutrinário, jurisprudencial e filosófico existentes sobre a utilização distorcida e desengajada de juristas sobre a noção de dignidade que nada diz sobre o seu valor e importância.

Nesse sentido, a *pesquisa descritiva* se justifica pela necessidade de expor as premissas e elementos teóricos que envolvem o conceito de dignidade e as situações fáticas e jurídicas desencadeadas nesse contexto. Trata-se, assim, de meio destinado à exposição e ao registro das características que identificam o objeto do estudo, servindo, ainda, de base para a sua posterior explicação.

Tendo como pressuposto o resultado da pesquisa descritiva, a *pesquisa explicativa*, por sua vez, visa esclarecer os fatores determinantes que possam justificar a tese contida na hipótese levantada.

Em se tratando da opção pelo meio *bibliográfico* de pesquisa, utilizar-se-á o material literário disponível sobre o tema em livros, redes eletrônicas, revistas e outros periódicos, a fim de se obter um conhecimento aprofundado e consistente acerca dos principais aspectos jurídicos relativos ao tema.

E no que tange à pesquisa *documental*, o desenvolvimento deste estudo será pautado na análise de diplomas legais, entendimentos jurisprudenciais, peças processuais e pareceres atinentes ao objeto em estudo.

Assim sendo, esta dissertação se subdividiu em três capítulos ordenados de modo a promover uma reflexão acerca das divergências teóricas na abordagem jurídica da dignidade da pessoa humana, da natureza do seu conceito e da forma pela qual a teoria do direito como integridade de Dworkin poderia contribuir para resgatar a objetividade e a coerência na fundamentação das decisões judiciais.

O primeiro capítulo busca, inicialmente, situar a dignidade da pessoa humana dentre as categorias normativas presentes no discurso jurídico. Diante disso, tem-se a pretensão de apresentar a força normativa dos princípios jurídicos, suas distinções elementares das regras, segundo as lições de Dworkin, e, ao final, expor as modalidades de eficácia jurídica atribuída àqueles padrões normativos.

Uma vez apresentadas as premissas básicas que contextualizam o estudo do tema e identificam o campo normativo sob o qual a dignidade da pessoa humana se insere, o segundo capítulo é orientado pelas bases teóricas de Dworkin sobre a teoria do direito como integridade, dessa vez inserido na esfera do valor, cuja unidade e coerência decorre da virtude da responsabilidade moral assumida pelo intérprete. Assim, evidencia-se, inicialmente, a distinção entre conceito e concepção presente nos argumentos interpretativos de aplicadores do direito quando divergem acerca das condições de veracidade de uma proposição jurídica. Em seguida, propõe-se uma abordagem da dignidade como conceito interpretativo composto por dois princípios éticos fundantes, cuja contribuição para a integração de valores de um empreendimento interpretativo decorreria da atitude construtiva do aplicador de identificar, dentre concepções rivais do conceito, a que melhor justifica e compreende as práticas que o figuram.

O terceiro e último capítulo, por sua vez, destina-se à exposição crítica quanto ao tratamento jurisprudencial dispensado no Brasil à estruturação jurídica do conceito de dignidade da pessoa humana. Nessa ocasião, as bases teóricas oferecidas por Dworkin e expostas no capítulo anterior serão aplicadas, para fundamentadamente refutar algumas concepções jurídicas sobre o conceito que, em geral, terminam por enfraquecer o seu sentido normativo.

CAPÍTULO I - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado, que, não exclusivo do Direito, irradia sentidos diversos nas mais diversas áreas do conhecimento, como a teologia, a filosofia e a política. Apesar das diferenças de tratamento, há um razoável acordo sobre a sua importância, sobretudo em democracias constitucionais, como um valor fundamental para se viver bem¹.

Diante dessa dimensão de valor, a dignidade pode ser incluída ao que Dworkin (2010a, p. 227) denomina como valor integrado, cuja compreensão demanda uma análise holística e interpretativa, de modo que, em articulação a outros valores, a incerteza e a indeterminação do argumento moral seriam eliminadas, ou ao menos reduzidas. E de forma mais refinada, Dworkin (2012, p. 212), em obra posterior², propõe uma concepção “razoavelmente clara e cativante” da dignidade³, em que a inclui na designada noção de conceito interpretativo, guiando o autor no seu projeto interpretativo de coligar princípios éticos partilhados por uma comunidade.

Há certo consenso⁴ que os valores, dotados de certa vagueza axiológica, são, em geral, recepcionados no mundo jurídico sob a forma de princípios⁵. Nesse sentido, Cabral de Moncada (2001, p. 411) evidencia que os valores, naturalmente, não são criados pelas normas

¹ “Viver bem” é o termo utilizado por Ronald Dworkin, em sua obra “Justiça para Ouriços”, mais adiante abordado neste trabalho, para designar o padrão ético que o guiará, ao longo do livro, no projeto interpretativo de conceitos morais.

² Trata-se da obra “Justiça para Ouriços” (*Justice for Hedgehogs*) lançada em 2011.

³ Essa concepção da dignidade será aprofundada no último capítulo.

⁴ Nesse sentido, cita-se: a) Luís Roberto Barroso (2013, p. 64): “Valores, sejam políticos ou morais, adentram o mundo do direito usualmente assumindo a forma de princípios. [...] A melhor maneira de classificar a dignidade humana e como um princípio jurídico com *status* constitucional [...]”; b) George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (2008, p. 39): “[...] os valores são positivados, em geral, por meio dos denominados princípios constitucionais.”; c) Ruy Samuel Espíndola (2008, p. 247): “Os princípios constitucionais condensam, em uma ordem jurídica dada, os principais valores políticos, sociais e econômicos encampados pelo Direito em sua função ordenadora do Estado e da Sociedade.”.

⁵ A distinção fundamental entre princípios (normas) e valores reside, segundo Robert Alexy (2011a), no caráter deontológico e axiológico desses conceitos, respectivamente. Os princípios, enquanto normas, expressam um *dever ser*, ao passo que os valores não denotam o que é devido, mas o que é bom. Vale ressaltar que algumas normas, como as de natureza constitucional, registra García Figueroa (2006), não apresentam essa diferença estanque entre dimensões deontológica e axiológica. Segundo ele, “el Derecho no sólo se formula en un lenguaje prescriptivo (deontológico). También expresa otros actos de habla. Singularmente el Derecho constitucionalizado se expresa a través de un lenguaje valorativo (axiológico). En este sentido se ha hablado de la *materialización y remoralización* del Derecho.”. A diferença, portanto, entre os valores e algumas normas de cunho constitucional está na dimensão apenas axiológica daqueles e no duplo caráter (também deontológico) destas últimas. Registre-se, por oportuno, que os princípios, por apresentarem, além de um caráter deontológico, uma dimensão também axiológica, já que traduzem para a linguagem normativa as exigências éticas e morais de uma comunidade, muito se assemelham aos valores e, não raro, confundem-se conceitualmente com eles.

jurídicas positivas, mas as antecedem, uma vez que por meio destas se revelam deontologicamente, concretizando o vago conteúdo axiológico que os permeia.

Assim, juridicamente falando, George e Glauco Salomão Leite (2008, p. 39) asseveram que os valores ora se apresentam como espécies normativas, ora como diretrizes interpretativas, o que significa dizer que, sob a forma de princípio, a dignidade humana revela a carga axiológica da sociedade e, tendo um sentido deontológico, torna a sua importância cada vez mais evidente para a aplicação do Direito. E, uma vez reconhecida a sua normatividade pela ordem jurídica, a valorização dos princípios, a exemplo do da dignidade da pessoa humana, esteja ele expresso ou não no texto constitucional, conduz, segundo Barroso e Barcellos (2008, p. 66), a uma reaproximação entre Direito e Ética.

Deve-se, portanto, priorizar uma interpretação principiológica da noção de dignidade, em detrimento de uma alocação do conceito sob o abstrato universo axiológico, municiando, com isso, o aplicador “com parâmetros e referenciais deônticos” presentes no campo normativo (FERREIRA, 2007, p. 250).

Nesse sentido, os critérios interpretativos que incidem sobre a dignidade e direcionam o seu adequado funcionamento são os elementos que determinarão o seu papel na solução de casos judiciais e, por consequência, implicarão, a depender do projeto interpretativo conduzido, na relativização ou no fortalecimento do conceito.

Assim, em tempos de pós-positivismo⁶ e de aposta no protagonismo judicial⁷, a falta de definição semântica do conceito de dignidade tem dado causa à adoção discricionária de

⁶ Não há uma uniformidade conceitual acerca do termo pós-positivismo, mas, em geral, os conceitos têm em comum o reconhecimento da insuficiência do positivismo. Luís Roberto Barroso (2013b, p. 30-31), por exemplo, refere-se ao pós-positivismo como marco filosófico de mudanças de paradigmas que ensejou, na doutrina e na jurisprudência, uma nova percepção da Constituição e do modo de interpretá-la: “Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista; [...]. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente [...]”. Lenio Streck (2013, p. 106), por sua vez, admite, apesar da aparente obviedade da afirmação, que uma teoria do direito só pode ser denominada pós-positivista caso tenha efetivamente superado o positivismo. Isso implica dizer, segundo o autor, “o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também [...], enfrentamento do solipsismo da razão prática”. Vale registrar que foram pioneiros no debate sobre o “modelo” pós-positivista, já nas décadas de 70 e 80, John Rawls (*A theory of justice*), Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*) e Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*). Sobre esse último, inclusive, cabe ressaltar que ele acrescentou ao âmbito do Direito uma “dimensão ideal ou discursiva da correção”, que, admitindo a insuficiência metodológica do positivismo, propõe a entrada da razão prática no direito (ALEXY, 2011a, p. 09). Nas palavras dele (1989, p. 167): “My thesis is that there is a conceptually necessary connection between law and morality which means legal positivism fails as comprehensive theory.”. Registre-se, ainda, que não é objeto desta pesquisa discutir a consistência teórica desse “movimento jurídico” denominado “pós-positivismo”. A referência ao modelo serve apenas para contextualizar a argumentação que será desenvolvida ao longo do estudo.

⁷ A expressão refere-se à centralidade conferida ao juiz na aplicação e na interpretação do direito, sobretudo, em discussões de ampla controvérsia política e moral. Daniel Sarmento (2009, p. 16) destaca que a importância política do Poder Judiciário cresceu em nível acelerado, visto que maior tem sido a frequência com que ele tem sido demandado para solucionar, a partir de um esforço interpretativo, questões polêmicas e de grande

critérios valorativos pelo julgador para a decisão do caso concreto, ora esvaziando o conteúdo protetivo de direitos, ora reduzindo ou enrijecendo esse núcleo de proteção.

Sobre o assunto, Ferreira (2007, p. 233) observa que é comum, em meio ao repertório jurisprudencial brasileiro, o uso da dignidade humana como uma espécie de fórmula mágica moldável a qualquer caso problemático questionado em juízo. A noção, com isso, tem mais servido para albergar o “odioso subjetivismo e arbítrio judicial”, dando guarida à fundamentação de toda e qualquer situação fática de aparente restrição de direitos, do que como guia interpretativo destinado a fortalecer algum discurso argumentativo:

Essa prática jurisprudencial, a pretexto de estar realizando a vontade da Constituição, na realidade, abriga o odioso subjetivismo e arbítrio judicial. [...] Bastaria municiar-se com a dignidade da pessoa humana, para que o julgador estivesse suficientemente aparelhado a enfrentar as intrincadas questões relacionadas às limitações de direitos do indivíduo. (FERREIRA, 2007, p. 233).

É por esta senda, inclusive, que Humberto Ávila (2011, p. 122) conclui que o problema da aplicação do Direito está principalmente na possibilidade de “municiar o aplicador de critérios, intersubjetivamente aplicáveis, que possam tornar efetivos os comandos normativos sem a incorporação do arbítrio.”.

Diante disso e pelos fins propostos por este trabalho, o conceito de dignidade da pessoa humana, apesar do seu elevado teor axiológico, será evidenciado neste capítulo sob a categoria normativa de princípio jurídico. Com isso, busca-se expor, diante das espécies normativas presentes no discurso jurídico, a imperatividade dos princípios e as suas distinções elementares das regras. Pretende-se, de um lado, evidenciar a eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana e, de outro, afastar alguns exageros e problemas teóricos que fragilizam e inibem a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Registre-se que não se tem a pretensão de abordar, neste capítulo e tampouco no decorrer desta pesquisa, a denominação ou o conteúdo mais adequado do princípio da dignidade humana. Isso porque se entende que o decisivo, na verdade, para promover a maior integridade e unidade do Direito, é investigar, a partir das bases teóricas e filosóficas pertinentes, o método adequado para conferir a mais coerente e bem ajustada interpretação jurídica do conceito de dignidade da pessoa humana.

repercussão social. Segundo Streck (2013, p. 20), a tendência contemporânea, sobretudo, a brasileira de aposta no protagonismo judicial como mecanismo de concretização de direitos decorre de uma equivocada recepção/repristinção, pelas teorias constitucionais e interpretativas nacionais, do que ocorreu na Alemanha pós-guerra e se convencionou chamar de *Jurisprudência dos Valores*. Sobre o assunto, vide: NOVELINO, Marcelo et al (Coord). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2013.

1.1 CATEGORIAS NORMATIVAS NO DISCURSO JURÍDICO: A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1.1.1 A força normativa dos princípios

Uma questão fundamental para a Teoria do Direito refere-se à possibilidade de conferir força normativa aos princípios.

Antes de tratar dos predicados de sua normatividade e da evolução do pensamento jurídico nesse contexto, contudo, reputa-se fundamental tecer breves comentários sobre a ideia de princípio cunhada pela Ciência Jurídica. Isso não significa dizer, entretanto, que se tem a intenção de definir, com rigor de sentido, o conceito de princípio jurídico. Ao contrário, pela profundidade da matéria, determinar conceitualmente o que seja um princípio jurídico, além de escapar da proposta deste estudo, significaria naturalizar a complexidade do tema e ignorar a multiplicidade semântica que o termo remete na área do Direito.

Desta feita, tem-se como premissa básica, tal como elucidado por Rafael Tomaz de Oliveira (2007, p. 18) em trabalho doutrinário⁸ sobre o tema, que os princípios, em vez de enunciados previamente dados, compreendem significados conceituais que se realizam interpretativamente em um horizonte de sentido. Assim, diversamente das regras, que detêm uma aplicação cogente e imediata, os princípios, em geral, não determinam imediatamente uma conduta. São padrões normativos que só ganham concretude no caso concreto, eis que não são capazes de determinar com exatidão as condutas reguladas em abstrato.

É nesse sentido, inclusive, que a reflexão doutrinária de Dworkin, para quem o Direito é uma prática argumentativa⁹, também servirá de grande apoio para situar a normatividade dos princípios na “própria prática interpretativa e não num sistema lógico previamente delimitado” (OLIVEIRA, 2007, p. 173). Isso porque, como se verá, as questões jurídicas como as que envolvem o conflito entre princípios, segundo o autor, não se resolvem simplesmente no plano axiológico e hierárquico. Segundo ele (2011, p. 60), o juiz deve

⁸ Trata-se de dissertação apresentada, sob a orientação do Prof. Lenio Luiz Streck, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2007. Em 2008, o trabalho foi publicado pela editora “Livraria dos Advogados” sob o título “Decisão Judicial e o Conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in) determinação do Direito”.

⁹ De acordo com Ronaldo Porto Macedo Junior (2013, p. 213): “O direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não é um sistema de regras *tout court*.”.

decidir um caso concreto, não pautado por critérios arbitrariamente discricionários, mas de acordo com a teoria mais persuasiva, isto é, a que argumentativamente leve ao convencimento pela aplicação de um princípio em detrimento de outro.

Sobre os diversos modos em que são os princípios articulados, Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 55) esclarece que:

[...] tem-se usado o termo *princípio* ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.

Nesse contexto e tendo como referência a ordem jurídica enquanto sistema normativo de princípios e regras, Eros Grau (2001, p. 75-122) vislumbra pelo menos dois sentidos diferentes de princípios jurídicos: os princípios positivos do Direito e os princípios gerais do Direito. De acordo com o autor (2001, p. 79) e em identidade à expressão cunhada por Jeammaud – “princípios jurídicos que constituem regras jurídicas” –, os princípios inseridos na primeira classificação não podem ser valorados pelas noções de falso e verdadeiro, mas pela dicotomia do válido ou inválido, própria do sistema de normas positivas. Os princípios gerais do direito, por sua vez, não necessariamente estão expressos em textos normativos, mas existem sob o estado de latência sob “cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto” e repousam no direito pressuposto correspondente (GRAU, 2001, p. 104). Essa última acepção de princípios, portanto, evidencia que seriam eles proposições descobertas ou no ordenamento positivo ou pelo resgate do universo do direito natural, que, ainda na forma descritiva, também assumiriam os contornos de norma jurídica.

Essa distinção revela, tal como explicitado por Tavares (2008, p. 43), a fase do pensamento jurídico em que os princípios gerais do Direito eram tidos como elementos externos ao Direito positivo e utilizáveis tão somente em casos de insuficiência da regra, isto é, na hipótese de lacuna da lei. Em fase de pós-positivismo, na forma como será exposto mais adiante, os princípios, entretanto, passam a ser tratados, nas palavras de Paulo Bonavides (2013, p. 298), como o “oxigênio das Constituições”, visto que é graças a essa espécie normativa que os ordenamentos constitucionais alcançam a sua unidade de sentido e a medida valorativa de suas normas.

Em se tratando do tratamento dos princípios no âmbito da dogmática constitucional, Gomes Canotilho (2003, p. 1159-1167), expoente no estudo do tema, estatui uma tipologia dos princípios dentro do quadro do Direito Constitucional Português, também concebido, tal

qual o brasileiro, como um sistema normativo aberto de regras e princípios¹⁰. Para o autor português (2003, p. 1165-1167), os princípios podem ser classificados em: *princípios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsätze)*, *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, *princípios constitucionais impositivos* e *princípios-garantia*.

Designam-se por princípios jurídicos fundamentais – tipologia na qual pode ser inserido o da dignidade da pessoa humana – “os historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 1165). Observa-se que, por essa designação, confere-se ao princípio, esteja ele expresso ou não no texto constitucional, a condição de norma jurídica fundamental para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Não menos importante, mas com aplicação afastada do objeto delimitado para este estudo, têm-se os princípios políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam a ideologia e os valores inspiradores da Constituição; os princípios constitucionais impositivos, que estabelecem diretivas e tarefas a serem realizadas por seu aplicador; e, por fim, os princípios-garantia, que refletem, como o próprio nome sugere, a instituição, direta ou indireta, de garantias aos cidadãos (CANOTILHO, 2003, p. 1166-1167).

As variantes do conceito de princípios também são referidas por Ricardo Guastini (2009, p. 02-04), que, a partir de investigação doutrinária e jurisprudencial feita sobre o tema, identificou pelo menos quatro teses.

Em uma primeira tese, os princípios são normas de “antecedente aberto”, por não enumerarem exhaustivamente os fatos correspondentes às consequências jurídicas que dispõem. Em um segundo sentido, os princípios são normas “genéricas” e por isso sua concretização passa pela emanção de outra norma ou pela possibilidade de adotar modos distintos e alternativos para a sua realização. A essa classe de normas genéricas, incluem-se, segundo Guastini (2009, p. 03), as normas teleológicas e as programáticas. A terceira tese evidenciada pelo autor diz respeito ao sentido “defectível” e “derrogável” dos princípios, não podendo ser aplicada por um mero recurso dedutivo. Em quarto lugar, Guastini (2009, p. 03) finalmente elucida a tese dos princípios como normas “fundamentais”. Nessa última acepção,

¹⁰ Sobre a expressão, Canotilho (2003, p. 1159) apresenta a seguinte explicação dos termos utilizados: “(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais [...] (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.”.

as normas são fundamentais no sentido de que axiologicamente justificam outras normas e no sentido de que são óbvias e auto-evidentes, prescindindo de fundamento próprio.

Nota-se que, em todas as formulações listadas pela literatura jurídica e reunidas por Guastini em quatro teses, a normatividade é elemento comum, podendo, assim, ser considerado o vínculo unificador das acepções formuladas.

É relevante evidenciar, nesse contexto, que o significado de princípios foi se alterando ao longo do tempo, dada a carência inicial de normatividade e da trajetória evolutiva da hermenêutica de incluí-los no âmbito do sistema normativo. A própria construção doutrinária da força normativa conferida aos princípios decorre, segundo Bonavides (2013, p. 285), do empenho da Filosofia e da Teoria do Direito em evidenciar uma área dotada de certa neutralidade em meio a oposição clássica entre Direito Natural e Direito Positivo.

De acordo com esse jurista, a juridicidade ou a normatividade dos princípios passa por três fases distintas¹¹: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista (BONAVIDES, 2013, p. 268).

A ordem jurídica em fase de jusnaturalismo clássico era condicionada a uma noção transcendental e divina do Direito, que, norteado por postulados de justiça, tomava o Direito Natural como elemento inspirador das leis humanas. Nessa etapa, na lição de Bonavides (2013, p. 268), os princípios eram posicionados sob uma esfera abstrata e metafísica, cuja normatividade senão nula era no mínimo duvidosa e se contrastava com o reconhecimento ético-valorativo de ideias inspiradoras dos postulados de justiça. O autor (2013, p. 270), ainda, lembra que a corrente jusnaturalista, na forma assinalada por Flórez-Valdés, concebia os princípios gerais de Direito como “‘axiomas jurídicos’ ou normas estabelecidas pela reta razão”, isto é, como um conjunto de verdades originárias da lei divina. Pela intensa abstração dos princípios propostos nessa fase e por prescindir de uma fundamentação epistemológica mais rigorosa, criaram-se as condições para que o positivismo lançasse ao descrédito a pretensão valorativa dessa fase.

Cumprе ressaltar que, em se tratando da função estruturante dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos, Jean Carlos Dias (2013, p. 07) admite que é tributário ao jusnaturalismo a concepção de parte significativa da doutrina em tomar a dignidade da pessoa humana como elemento fundante e último dos direitos fundamentais. É da fundamentação ético-jurídica dos direitos, própria dessa vertente teórica, que o Direito

¹¹ Essas etapas não são necessariamente estanques e excludentes, tampouco foram integralmente eliminadas e substituídas pela fase posterior. As características de cada fase, com as devidas adequações e possibilidades, estenderam-se e impregnaram a interpretação do direito ao longo de toda a evolução do pensamento jurídico.

resgata, segundo o autor, a necessidade de contextualizar o direito positivo a partir de bases morais:

A importância do jusnaturalismo como fundamentação ético-jurídica dos direitos deriva do fato de que, a despeito de sua decadência como teoria predominante do Direito em razão do prestígio das teorias positivas, serviu de fundamento para um conjunto de estudos que acabaram por retomar a necessidade de contextualização do direito positivo frente a um sistema de valores de base moral. É tributário do jusnaturalismo a atual concepção de dignidade da pessoa humana tomada, por parte considerável da literatura especializada como elemento originador dos direitos fundamentais. (DIAS, 2013, p. 07)

Em resposta à corrente jusnaturalista, criticada como irracional, o juspositivismo promove uma nova fase de teorização dos princípios, em que estes são considerados fonte normativa subsidiária, adentrando nos Códigos como “válvula de segurança” para o caso de insuficiência da lei (BONAVIDES, 2013, p. 271). Nesse contexto, foi relegado aos princípios o mero papel subsidiário da norma ou, na melhor das hipóteses, a função de “pauta programática supralegal”, nos termos utilizados por Bobbio (BONAVIDES, 2013, p. 272).

Assim, o valor dos princípios, na etapa positivista, não decorre do ideal de justiça que, por ventura, venha sustentar, mas da sua dedução da lei e do papel de suprir vazios normativos. Nesse ambiente, a objetividade jurídica, apartada de juízos de valor, ao mesmo tempo em que impede a hegemonia e a normatividade principiológica plena, por submetê-los aos mandamentos dos textos legais, cria as condições para a cientificidade do direito.

A terceira etapa da juridicidade dos princípios é, enfim, a do pós-positivismo, que se deflagrou, sobretudo, em meados do século XX, após a II Guerra Mundial. Segundo Espíndola (2002, p. 33), é mais precisamente a partir da década de 50 que o conceito de princípio jurídico foi objeto de grandes reflexões.

De acordo com Nazaré Ferreira (2004, p. 87), a conjuntura histórica após a crise dos totalitarismos do século XX demonstrou a insuficiência da interpretação clássica diante de uma sociedade que se democratizava. Com efeito, recorreu-se à referência a valores, isto é, a invocação de argumentos, cujos critérios decisórios fossem diversos da estrutura rígida da lei. Tornou-se, com isso, necessário que a interpretação jurídica fosse refundada, de tal modo a se propagar diferentes perspectivas teóricas que buscavam determinar “uma teoria geral que pudesse abranger dimensões políticas, sociais e culturais, até então relegadas pelo intérprete do direito” (FERREIRA, 2004, p. 88).

Diante da tendência dessa face contemporânea da corrente positivista, diversos doutrinadores “proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores a das teses até então consagradas”, que sustentavam a posição

subsidiária característica dos princípios enquanto “princípios gerais do direito” (ESPÍNDOLA, p. 33).

Assim, essa fase descobre o modelo positivista da rígida capa de regras, para reconhecer que não é mais justificável ter um Direito divorciado dos valores éticos e morais de uma sociedade. No plano teórico-interpretativo, a transposição da jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores, consistindo esta última, segundo Lenio Streck (2014, p. 132), na tentativa de encontrar, para além do direito escrito, os valores da sociedade, representou a institucionalização, a partir dos princípios, do mundo prático no direito¹².

No âmbito do pensamento jurídico contemporâneo, inclusive o brasileiro, a jurisprudência de valores, sinônimo, para alguns, a exemplo de Bonavides (2013, p. 294), da jurisprudência dos princípios, “forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da teoria material da Constituição”. Isso significa dizer que, em tempos pós-positivistas, os princípios assumem, como não antes visto, o máximo valor axiológico-normativo, que visa evitar as ressurreições jusnaturalistas e a estreiteza e a insuficiência do positivismo legal:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. (BONAVIDES, 2013, p. 274).

Nesse sentido, Streck (2014, p. 346) assevera que os princípios passam a ser medidos normativamente, de modo a considerá-los, na ordem jurídica contemporânea, como deontológicos e marcos que “governam” a Constituição e todo o regime jurídico, representando, assim, não mais um recurso à insuficiência da lei, mas o Direito em toda a sua substância e abrangência. Utilizando as lições de Ferreira (2007, p. 240), os princípios, embora se originem do valor e a ele devam parte de sua concretização, encerram “a direção da consequência jurídica”, revelando-se como o ponto de interseção entre as regras e os valores dispersos no ordenamento jurídico.

Desse modo, a grande virada hermenêutica dos princípios deu-se a partir do reconhecimento de sua força normativa, dotando-os, na teoria jurídica contemporânea, da carga cogente e impositiva necessária para a ordenação social. Foi, principalmente, pela

¹² De acordo com Noel Struchiner e Fábio Perin Shecaira (2012, p. 133), “no terreno da argumentação prática os argumentos aduzidos são razões para ações, isto é, razões para se fazer ou deixar de fazer algo, ou razões para se sustentar opiniões sobre o que pode ou deve ser feito.”.

reação intelectual da comunidade jusfilosófica, liderada por Dworkin¹³, pelo menos na tradição anglo-saxônica, às premissas do antigo positivismo ortodoxo, que os princípios foram definitivamente erigidos à categoria de normas jurídicas, a ponto de finalmente atribuir-se a condição de gênero às normas, da qual compreendem igualmente princípios e regras.

Assim, depois de analisada a evolução teórica no campo da normatividade dos princípios, é de suma importância delinear, com a brevidade necessária e respeitando os fins propostos por este estudo, os elementos que descrevem os padrões normativos e quais são os critérios adotados para distingui-los, segundo Dworkin.

Cumprе ressaltar que, embora se reconheça que Dworkin foi um dos principais juristas a defender a normatividade dos princípios, não se pretende creditar originalidade ao seu pensamento quanto à incorporação dos princípios na compreensão e na interpretação do direito – o que uma leitura apressada de suas obras poderia ocasionar. Assumir esse entendimento, embora não seja completamente indevido, visto que foi ele um dos jusfilósofo que mais conferiu importância à interpretação moral do direito, termina por desprezar ou esconder o que há de mais relevante (ou de realmente novo) na sua obra no que se refere ao tratamento dos princípios: o papel desse padrão normativo na sua teoria do direito e a sua forma de abordá-lo.

A propósito, antes de Dworkin, diversos autores, a exemplo de jusnaturalistas e até mesmo de alguns positivistas, ditos inclusivos, propuseram uma leitura moral do direito e conferiram papel de destaque aos princípios jurídicos. Diante disso e seguindo as lições de Macedo Junior (2013, p. 44-45), é possível afirmar que a novidade na obra de Dworkin, em verdade, reside no significado e enfoque dado ao seu método interpretativista sobre a melhor forma de conceptualizar conceitos¹⁴ e de explicar a natureza das controvérsias jurídicas. E é sobre essa questão, mais propriamente relacionada ao conceito de dignidade humana, que este estudo pretende se desdobrar com mais afinco nos capítulos seguintes.

Antes disso, é fundamental identificar a estratégia adotada por Dworkin para distinguir regras de princípios, pois se trata de um dos pressupostos metodológicos no qual se apoia o pensamento do autor – e que ao longo dos anos foi refinado¹⁵ – sobre a natureza

¹³ Principalmente a partir da publicação da obra, *“Taking Rights Seriously”* na década de 70.

¹⁴ Refere-se ao “agulhão semântico”, cujo debate metodológico foi aprofundado na sua obra “O Império do Direito”, publicada em 1986, e mais tarde, com mais requinte e sofisticação, com a apresentação de uma nova classificação conceitual – conceitos interpretativos, criteriosais, naturais e doutrinários – nas obras “Justiça de Toga” e “Justiça para Ouriços”, publicadas em 2006 e 2011, respectivamente.

¹⁵ A estratégia de apresentação do seu pensamento unicamente a partir do contraste entre regras e princípios foi abandonada por Dworkin em textos seguintes ao “Levando os direitos a sério”. O tema foi retomado a partir de novas categorias e abordagens, essas consideradas originais e centrais ao seu pensamento, como as que se referem ao “agulhão semântico” e à tipologia de conceitos (criteriais, naturais e interpretativos) para a correta

essencialmente interpretativa do Direito. Pretende-se, com isso, apresentar o contexto e a natureza da crítica dirigida por Dworkin aos seus adversários teóricos, nomeadamente os positivistas, a partir da sua concepção do direito como integridade, cujo conteúdo será melhor explicitado nos capítulos seguintes.

1.1.2 Princípios e regras: distinções elementares

Demonstrada a diversidade de acepções da noção de “princípio” no campo do conhecimento jurídico e constatada a trajetória que o conduziu ao centro do sistema, enquanto norma de dimensão deontológica, não mais se diverge sobre a importância do papel desse padrão normativo no processo de aplicação e interpretação do direito, embora ainda se discuta sobre o seu sentido e alcance.

É bem verdade que o estudo teórico dos princípios representa um assunto deveras rico e inovador no seio da Teoria do Direito Contemporâneo, principalmente, em tempos de pós-positivismo. Nessa seara, a versão mais acabada da teoria dos princípios deve-se, conforme Espíndola (2002, p. 75) e Bonavides (2013, p. 291), ao pensamento jurídico de Dworkin, cuja normatividade foi um dos primeiros a conceber com solidez conceitual, inspirando, inclusive, outros teóricos no estudo do tema, a exemplo de Robert Alexy.

Assim, evidenciado o caráter normativo dos princípios e uma vez reconhecida a importância vital que assumem para os ordenamentos jurídicos, optou-se, pela linha teórica adotada neste estudo¹⁶ e, sobretudo, pela notoriedade da versão criada sobre a dualidade das normas, em recorrer ao modelo doutrinário de Dworkin para traçar as distinções elementares entre os dois grandes padrões normativos da ordem jurídica: regras e princípios.

Registre-se, por oportuno, que a distinção normativa aqui tratada não representa mais uma categoria acadêmica a ser descrita. Ao revés, a diferenciação entre regras e princípios, nos termos enunciado por Barcellos (2011, p. 51), em muito, repercute na vida da disposição normativa, tanto para efeito de interpretação, de definição do seu papel no sistema, quanto para a compreensão da sua eficácia jurídica.

compreensão do fenômeno jurídico. Apesar disso, é de fundamental importância compreender a distinção e as características básicas de cada padrão normativo, tendo em vista o relevo conferido pelo autor aos princípios na interpretação do direito.

¹⁶ A distinção entre regras e princípios constitui um dos pontos centrais da concepção de Dworkin sobre normas jurídicas e, por isso, fundamenta a teoria do direito por ele desenvolvida.

Tem-se, assim, o propósito de, aqui, evidenciar o que Dworkin entende por princípios e por quais razões ele justifica o ingresso desses padrões no Direito – para a defesa de direitos e para a restrição da discricionariedade judicial. Com isso, pretende-se criar as bases para, em matéria de distinção de abordagem jurídica do princípio da dignidade humana, demonstrar, mais adiante, a plausibilidade teórica ou não do que Dworkin definiu acerca das divergências no direito e do modo de solucioná-las.

Assim, diante das lições de Dworkin e compreendendo o propósito para o qual o seu estudo das normas foi desenvolvido, busca-se tratar de um problema consideravelmente complexo: como saber se está diante de um princípio, e não de uma regra?

As lições de Dworkin sobre o novo ângulo de normatividade definitivamente conferido por ele aos princípios partem de uma análise crítica do positivismo registrada no ensaio “The Model of Rules” publicado em 1967 e que, dez anos depois, tornou-se o segundo capítulo da sua obra “Taking Rights Seriously”, traduzido para o português como “Levando os Direitos a Sério”.

Nesse capítulo, o jusfilósofo norte-americano (2011, p. 35) anuncia um ataque geral contra o positivismo (*general attack on positivism*)¹⁷, em que refuta três dogmas principais dessa doutrina, assim elencados (2011, p. 27-28): 1) A distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais a partir de testes de *pedigree*, que, na forma de regra suprema, afere apenas o critério de validade da regra, em detrimento do seu conteúdo; 2) A discricionariedade judicial, que decorre da premissa positiva de que as regras são coextensivas ao direito, no sentido de que, uma vez não acobertado por esse padrão normativo, o caso jurídico deveria ser resolvido por alguma autoridade pública; 3) A identidade entre obrigação e regra jurídica válida, o que significa dizer que, na ausência da regra, também não existiria a obrigação legal.

Diante disso, Dworkin (2011, p. 36) desenvolve, em confronto ao positivismo, uma teoria acerca das normas jurídicas, segundo a qual os padrões normativos não se limitariam apenas a regras de direitos, mas compreenderiam também os princípios, na medida em que, nos casos denominados difíceis, em que maiores são as controvérsias para a definição de direitos e obrigações, a solução jurídica do caso transcende ao uso dos padrões normativos que funcionam como regras. Com essa distinção, pretende Dworkin (2011, p. 113) apresentar as premissas básicas para a compreensão do raciocínio jurídico, bem como evidenciar o fato

¹⁷ Expressão utilizada no ensaio original: DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. 35 U. Chi. L. Rev. 14 1967-1968, p. 22. Disponível em: < www.heinonline.com.br > Acesso em: 20 jul 2014.

de que alguns padrões normativos utilizados por juristas e juízes, pela impossibilidade de captura por um teste fundamental, implicam em problemas específicos ao positivismo.

Nota-se, assim, que Dworkin, na sua teoria normativa, mostra bastante preocupação com a atividade judicial, em especial quando se está diante de uma questão controversa e para qual se tem que oferecer uma resposta jurídico-estatal. O jurista norte-americano percebe, pelo exame da fundamentação judicial, em especial nos Tribunais norte-americanos, que, além das regras, existem outros padrões normativos, cujos papéis são ignorados pelo juiz, mas que possuem força gravitacional suficiente para conduzir a argumentação judicial (2011, p. 36 e 177). Nessa seara, incluem-se os princípios, que, na definição de Dworkin (2011, p. 36), compreendem “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Sobre o assunto, é pertinente a atenta observação de Jean Carlos Dias (2014, p. 200) sobre a diferença da visão de Dworkin quanto à categoria a que os princípios pertencem, quando comparada a uma análise positivista:

Dworkin extrai os princípios não dos mecanismos estatais de produção normativa (legislação ou formação de precedentes), mas da obrigatoriedade que certas dimensões da moralidade devem possuir em casos de alta complexidade.” (DIAS, 2014, p. 200).

Nota-se, assim, que os padrões normativos a que Dworkin se refere como princípios não se relacionam com a ideia de positivação no ordenamento jurídico, cuja normatividade deriva de processos institucionais. Pelo contrário, o autor norte-americano consagra a independência normativa dos princípios, cuja incorporação ao ambiente judicial decorre da atividade interpretativa, como a que ele preconiza quando faz uso da metáfora do romance em cadeia¹⁸.

Desse modo, Dworkin se propõe a demonstrar que a distinção entre regras e princípios jurídicos instala-se em dois diferentes sentidos.

Em primeiro lugar, a distinção refere-se à natureza lógica da orientação que os padrões oferecem. Enquanto que as regras apresentam orientação de natureza excludente, aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all or nothing fashion*)¹⁹, os princípios não têm o condão de estabelecer as condições que tornam a sua aplicação necessária e imediata, mas apenas

¹⁸ Sobre a metáfora do romance em cadeia, vide a seção 2.2.1 Interpretação construtiva. O exercício literário de construção de um “romance em cadeia” (*chain novel*).

¹⁹ Expressão utilizada no ensaio original: DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. 35 U. Chi. L. Rev. 14 1967-1968, p. 25. Disponível em: < www.heinonline.com.br > Acesso em: 20 jul. 2014.

inclinam a decisão em uma direção, segundo a melhor “leitura” que se possa obter (DWORKIN, 2011, p. 39-42). Nessa seara, relevante mencionar a lição de Eros Grau (2001, p. 91) sobre a distinção lógica proposta por Dworkin:

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra referia – o suporte fático, o *Tatbestand* – se verifiquem em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada. Já os princípios atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para a sua aplicação se manifestam.

Ademais, prossegue Dworkin (2011, p. 40) afirmando que a regra pode ter exceções e, em tese, todas podem ser arroladas no seu enunciado, conferindo, com isso, maior completude ao padrão normativo. Os princípios, por sua vez, são diferentes, eis que admitem exceções não previstas, até porque muitas sequer são possíveis de enunciação. Para exemplificar, Dworkin (2011, p. 40) recorre ao princípio, segundo o qual “nenhum homem pode beneficiar-se da sua própria torpeza”, para indicar que, em alguns casos, o direito não impede que alguém se beneficie da fraude que praticou. O caso mais notório é o do usucapião²⁰, por permitir que um sujeito, depois de um certo tempo, após reiteradas vezes cruzar terras de propriedade alheia, possa fazê-lo acobertado pelo direito.

A segunda compreensão distintiva e estritamente relacionada à anterior refere-se à dimensão de peso ou importância própria dos princípios. De acordo com Dworkin (2011, p. 42-43), em caso de conflitos entre regras, a solução se dá pelo critério da validade, eliminando-se uma delas, enquanto que, no caso de conflitos entre princípios, recorre-se ao critério da relevância, devendo-se avaliá-los e decidir qual deles teria maior peso. Nesse sentido, o intercruzamento dos princípios é solucionado pela força relativa de cada um, e não pela sua validade, tal como ocorre com as regras:

Os princípios possuem uma diferença que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. (DWORKIN, 2011, p. 42-43).

²⁰ O exemplo deve ser adaptado à realidade jurídica do instituto no Brasil.

Nesse contexto, é salutar transcrever as lições elucidativas de Rafael Tomaz de Oliveira (2007, p. 173) sobre a estrutura da distinção dos padrões normativos propostos por Dworkin:

[...] a referência dworkiniana a essa característica da regra [tudo-ou-nada] refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação. Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua “aplicação” não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. Já num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua “aplicação” mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade; c) isso implica, diretamente, a dimensão de peso ou importância à que Dworkin faz referência no seu conceito de princípio. É possível dizer que Dworkin combina peso e importância porque, ao contrário das regras, nenhum princípio deixa de ter importância e pode ser excluído da fundamentação de uma decisão. Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correto, na medida em que respeite o todo coerente dos princípios, num contexto de integridade. Isso implica: os princípios têm, desde sempre, um caráter transcendental, porque, diferentemente das regras, nunca dispensam uma justificação que nos remete à uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos.

Desta feita, é possível dizer que a referência dworkiniana às características que distinguem os padrões normativos associa-se, no caso das regras, ao modo da justificação argumentativa, ao passo que, em se tratando dos princípios, a relação se estabelece com a necessidade de se demonstrar a coerência da sua aplicação. Ainda no tocante aos princípios, a dimensão de peso e importância reporta-se, ao contrário das regras, à impossibilidade de exclusão daquele padrão de fundamentação judicial, de sorte que a decisão fundada em argumentos de princípios só estará correta, se estiver de acordo com a totalidade do contexto coerentemente (re)construído.

Assim sendo, pela exposição de Dworkin sobre a dualidade das normas, verifica-se que os princípios e regras distinguem-se tanto quanto à natureza da orientação que oferecem, quanto à dimensão que os identifica. Cumpre ressaltar que não pretende o autor, com isso, estabelecer uma quantidade fixa de padrões admitidos no Direito, alguns dos quais seriam regras e outros, princípios. Na verdade, Dworkin (2011, p. 119) quer se opor à ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de algum tipo e demonstrar que, com frequência, juristas justificam as suas conclusões a partir de proposições que assumem a forma de princípios.

Apresentados esses dois planos de distinção entre regras e princípios, Dworkin fortalece o seu argumento para contestar a visão positivista de compreender o direito tão somente como um sistema de regras identificáveis a partir de um único teste fundamental, a

exemplo das regras de reconhecimento de Hart, quem ignora o papel desempenhado por padrões diversos de regras.

Desta feita, Dworkin (2011, p. 64) apresenta críticas ao teste de *pedigree* de Hart (2007)²¹, conforme o qual as regras de direito seriam válidas ou porque alguma instituição competente as promulgou ou porque foram criadas por juízes em casos específicos a partir da fixação de precedentes para o futuro. Assim, o teste proposto por Hart, mediante regras de reconhecimento, responsáveis em limitar o dever do juiz na identificação de quais são as regras jurídicas da sociedade é refutado por Dworkin (2011, p. 63-72). Isso porque o teste “hartiano” não permitiria a identificação de princípios, tampouco seria suficiente para distinguir regras e princípios morais de regras e princípios jurídicos.

Assim, não há dúvidas de que, entre as teorias positivistas, as regras integram o sistema jurídico e que os juízes, em análise ao caso concreto, devem aplicá-las. Entretanto, há casos, cuja solução não se encontra na simples aplicação de uma regra, ocasião em que o recurso aos princípios ganha contornos problemáticos entre os teóricos. É o que se denomina de casos difíceis (*hard cases*) ou casos controversos (DWORKIN, 2011, p. 127).

Sobre o assunto, esclarecedora é a compreensão de Atahualpa Fernandez Neto (2003, p. 352-353) sobre o que Dworkin designa por casos difíceis, afirmando tratar-se das hipóteses em que, “ao menos em princípio, não existe uma disposição normativa concreta ou, em havendo, quando o seu significado é tão duvidoso que cabe propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo.”. Trata-se, assim, de uma categoria de casos jurídicos, utilizado por Dworkin a sua maneira, em relação aos quais há um grau elevado de incerteza quanto ao seu resultado, seja pela inexistência ou pela inadequação/insuficiência da regra. Corroborando com esse entendimento, é relevante a compreensão de Dias (2014, p. 193) sobre a distinção que Dworkin faz entre casos fáceis e difíceis:

É preciso [...] ter em vista que em algumas situações as questões postas sob exame são simples porque podem dizer respeito apenas à incidência de regras ou porque não há divergência quanto a aplicação de um princípio; a esses podemos considerar – como Dworkin – casos fáceis. No entanto, existem questões que não podem ser resolvidas pela simples aplicação de uma regra, e que o recurso aos princípios é problemático porque não existe acordo acerca de qual princípio deva ser adotado, uma vez que não é clara a dimensão do peso; esses são os casos difíceis.

²¹ No segundo capítulo da obra *Taking Rights Seriously*, Dworkin admite que o seu *general attack on positivism* tem como alvo principal a versão do positivismo formulada por Hart. Cumpre ressaltar que a crítica de Dworkin foi respondida e por ele replicada. Sobre o assunto, remete-se à leitura do item 3.1.2 deste trabalho: O aguilhão semântico e a virtude da metodologia interpretativa de Dworkin: o debate Hart vs. Dworkin

Nesses termos, a tese do poder discricionário do juiz, refutada pelo autor como o segundo preceito-chave do positivismo, apresenta-se, para a análise dos princípios, como ponto relevante à justificação de decisões judiciais:

According to Dworkin, positivists maintain that in certain 'hard cases' where there is no pre-existing rule that governs the outcome of the case, the judges have a 'strong discretion' to adjudicate and make new law. If this strong discretion existed, it would mean that the new law would act retrospectively and the parties would be bound by a law that did not exist before their case [...] and this would be undemocratic. Therefore, Dworkin rejected the concept of 'strong' judicial discretion and with the distinction between rules and principles in hand, indicated that when adjudicating in hard cases, the judges invoke a legal principle and decide the outcome of the case accordingly.²² (NALBANDIAN, 2009, p. 371-372)

Ressalte-se que a discricionariedade referida por Dworkin (2011, p. 56), no seu ataque ao positivismo, refere-se ao sentido “forte” do termo. Para ele (2011, p. 50-52), o sentido exato da expressão “poder discricionário” depende do contexto no qual ela é usada, de tal modo que três sentidos distintos podem ser atribuídos: dois fracos e um forte.

Em um primeiro sentido fraco, a discricionariedade é utilizada em um contexto pouco esclarecedor, exigindo do aplicador a capacidade de interpretar, isto é, por alguma circunstância, os padrões que a autoridade pública dispõe não podem ser aplicados mecanicamente (DWORKIN, 2011, p. 51).

Em um segundo sentido fraco, a expressão relaciona-se aos casos em que alguma autoridade pública tem a autoridade para decidir em última instância, não podendo ser anulada ou controlada por outra pessoa (DWORKIN, 2011, p. 51). Sobre esse segundo sentido, Stephen Guest (2010, p. 212) destaca que muitos o confundem com o primeiro sentido fraco de discricionariedade. De acordo com ele, o segundo sentido apenas se refere ao fato de que uma decisão é válida, porque foi tomada por algum funcionário que tinha a autoridade para tanto.

E, por fim, o sentido forte do poder discricionário é compreendido pela ausência de limitação do seu titular, ao decidir, a quaisquer padrões estabelecidos por outra autoridade (DWORKIN, 2011, p. 52). Essa discricionariedade forte ocorre, como bem exemplifica

²² De acordo com Dworkin, positivistas mantêm isso em certos ‘casos difíceis’ onde não há nenhuma norma pré-existente que dirija o seu resultado, os juízes possuem uma ‘discricionariedade forte’ para decidir e criar um novo direito. Se essa discricionariedade forte existisse, isso significaria que o novo direito agiria retrospectivamente e as partes estariam vinculadas a um direito que não existia antes [...] e isso seria antidemocrático. Portanto, Dworkin rejeita o conceito de discricionariedade judicial “forte” e com a distinção entre regras e princípios, indica que quando decidem casos difíceis, juízes evocam um princípio legal e de acordo com ele decidem o resultado do caso. (Tradução nossa)

Stephen Guest (2010, p. 208), na hipótese de um sargento que recebe a ordem de livremente escolher cinco homens de seu patrulhamento, sem que sejam especificadas as qualidades exigidas. Nesse caso, ele simplesmente não se limita a quaisquer dos padrões estabelecidos pela autoridade em questão.

Nota-se, assim, que a oposição entre a teoria do Direito de Dworkin e a positivista se intensifica, quando o juiz se depara com regras de conteúdo vago ou indeterminado. Nessa hipótese, quando não é possível submeter o caso a uma regra de direito clara pré-estabelecida, o juiz “positivista”, por supor que os litigantes não possuem previamente direito institucional algum, exerce o poder discricionário de decidir como um novo elemento de legislação: ele “legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão” (DWORKIN, 2011, p. 127).

Diversamente, Dworkin, em análise à estrutura da instituição da decisão judicial e do aspecto normativo que a justifica, constrói a sua argumentação a partir da premissa de que as partes, ainda que não disponham de regra para regular o seu caso, detém o direito de ganhar a causa. O processo, nessa hipótese, tem o propósito de descobrir e não retroativamente inventar direitos (DWORKIN, 2011, p. 127 e 430).

É visando resguardar esses direitos, portanto, que o reconhecimento da força normativa dos princípios, ao lado das regras, assume relevância, em especial em casos controversos, devendo o juiz dar conta das imposições de moralidade que deles decorrem e influenciam a estruturação da argumentação judicial. Ressalte-se, tal como assevera Francisco Motta (2012, p. 76), que Dworkin compreende o direito como um todo integrado, daí porque a necessidade de desenvolver uma justificativa às decisões judiciais que reúna ambos os padrões normativos, respeitando as suas especificidades.

Dworkin (2011, p. 106) sustenta que uma teoria do direito plausível deve fornecer “uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar *justificar* as regras estabelecidas”. Para tanto, o jurista deve identificar as preocupações e tradições morais que, na sua opinião, sustentam ou identificam, nos princípios, o “sentido” das regras. Assim, a normatividade do Direito, para Dworkin, decorre da prática interpretativa, isto é, de como as regras e os princípios “acontecem argumentativamente, nos interior desta atividade interpretativa que é o direito” (OLIVEIRA, 2007, p.173).

Com isso, Dworkin propôs o encontro entre direito e moral, a partir da consideração do que ele definiu por princípios, estatuidando, assim, um novo paradigma que supera a estratégia discricionária de reconhecimento retroativo de uma estrutura de regras, para um

modelo normativo que se funda na coerência e na integridade dos seus padrões de julgamento. Trata-se da tese, discutida com mais amplitude no capítulo seguinte, de que a integridade é uma virtude política baseada na coerência de princípios, buscando proporcionar a melhor leitura de uma prática jurídica.

Nesse contexto, ganha relevo a metáfora do “romance em cadeia” idealizada por Dworkin (2005) como prática interpretativa e argumentativa e que, mais adiante, será tratada com maior profundidade. Ele preconiza que, nesses casos, em que se questiona quais regras e princípios “subjazem” a decisões anteriores de outros juizes, os magistrados devem se considerar como parceiros de um complexo empreendimento em cadeia, no qual essas decisões e estruturas são a história. Seria, portanto, dever do juiz interpretar a história jurídica (e não criá-la), identificando, em questões de princípios, qual desses padrões normativos representa a melhor “leitura” do conjunto de decisões que deve dar continuidade, ou seja, o juiz manifestará, em semelhança a um exercício literário, mas limitado por dimensões de ajuste e de finalidade, qual princípio melhor se ajusta à finalidade e valor de uma sequência de decisões anteriores.

Diante disso, Dworkin, visando à verdadeira proteção de direitos, defende que decisões judiciais em casos controversos, nos quais nenhuma regra estabelecida pareça indicar uma decisão em qualquer direção, devem, a partir de uma prática interpretativa, pautar-se em princípios, padrões estes que devem ser observados por uma exigência da moralidade e com perfil vinculativo (deontológico).

Assim, exposta a distinção dworkiniana entre princípios e regras, têm-se os elementos necessários para a compreensão da eficácia jurídica dos princípios, tema a ser abordado na seção seguinte. Como se verá, a razão jurídica pela qual um preceito normativo produz ou não os efeitos desejados e a “facilidade” com que são identificáveis as condutas que podem ser exigidas judicialmente passa necessariamente pela natureza do enunciado normativo objeto de interpretação.

1.2 EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS

É certo que os princípios medem-se normativamente, detém um sentido deontológico e são padrões de julgamento de elevada importância em tempos de abertura do Direito à dimensão da moralidade. Na forma definida por Dworkin, atento para a indeterminabilidade

do direito enquanto modelo estrito de regras, os princípios foram tomados como espécie normativa que, interpretados sob o cerne da integridade e voltados para a compreensão do sentido das regras, poderiam reduzir o espaço de discricionariedade do intérprete.

Assim, na era pós-positivista, em que se institucionalizou a moral e se introduziu o mundo prático no Direito, problematiza-se a questão da indeterminação do direito, a partir de uma perspectiva hermenêutica, e o papel que os princípios jurídicos assumem na fundamentação das decisões judiciais. Com isso, o Direito está diante de um problema interpretativo, cuja solução passa pela eficácia jurídica, identificada aqui com o seu efeito normativo, atribuída aos princípios no cerne das decisões judiciais.

Nesse sentido, o ponto central é questionar se a normatividade conferida aos princípios jurídicos os transformou em cláusulas de abertura que exoneram o juiz do dever de fundamentar, ou se os princípios determinam aquilo que Lenio Streck (2014, p. 418) afirmou quando se referiu ao propósito da hermenêutica filosófica entrelaçada à teoria dworkiniana: o “fechamento” da interpretação, isto é, “diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete”.

Diante disso, reputa-se essencial discutir as modalidades de eficácia jurídica associada aos princípios jurídicos em geral, suas limitações e repercussões para a fundamentação das decisões judiciais. A proposta se justifica pela necessidade de apresentar as premissas necessárias para evidenciar, mais a frente, como a eficácia jurídica desses padrões normativos tem sido em muito reduzida, na medida em que a eles se legitimou, entre os intérpretes, a função restrita de postulados interpretativos ou, nas palavras críticas de Streck (2014, p. 169), de apenas “álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”.

1.2.1 Noções preliminares sobre a eficácia jurídica das normas

O ordenamento jurídico é compreendido por uma diversidade de normas, configuradas sob a forma de regras e princípios que se relacionam entre si, e que, apesar das distinções de conteúdo e aplicação (teoria dworkiniana), entrelaçam-se para a solução de casos jurídicos.

Na lição de Humberto Ávila (2011, p. 97), as normas atuam sobre outras normas, explicitando o seu sentido e valor, de modo que, sendo os princípios normas imediatamente finalísticas, relacionam-se a outras que compõem o mesmo sistema jurídico, notadamente as regras. Nesse sentido, Ávila, ao menos nesse ponto, acompanha o que foi teorizado por

Dworkin, afirmando que o padrão normativo dos princípios é deveras importante para a compreensão do sentido contido nas regras.

Nessa seara, Espíndola (2002, p. 60) revela que há unanimidade no âmbito do pensamento jurídico contemporâneo em reconhecer que os princípios, pela normatividade que lhe é própria, “têm positividade, vinculatividade, [...] obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios [...]”.

Assim, tratando das concepções contemporâneas sobre o estudo da norma jurídica, verifica-se que a imperatividade dos efeitos propostos em um enunciado normativo constitui elemento essencial do Direito e, por consequência, da própria norma jurídica (BARCELLOS, 2011, p. 38). Isso significa dizer que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que, na forma de regras ou princípios, pretender produzir efeitos no mundo fático, atingindo objetivos previamente fixados como metas. Essa aptidão da norma de produzir efeitos de diferentes modos na realidade dos fatos qualifica-se, segundo Ávila (2011, p. 97), como eficácia ou, segundo o termo utilizado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1985), “função eficaz”.

A nota de juridicidade advém, segundo Barcellos (2011, p. 38), da disposição oferecida pelo Direito de impor coativamente os efeitos pretendidos pela norma ou, se for o caso, associar alguma consequência pelo seu descumprimento. Desta feita, a imperatividade e a sindicabilidade da norma, manifestada, respectivamente, pela pretensão de produzir efeitos e de exigí-los judicialmente, são as características normativas que compõem a designada eficácia jurídica:

A imperatividade dos efeitos pretendidos é que caracteriza essencialmente, e distingue, as normas *jurídicas* das demais normas sociais. As normas jurídicas não são conselhos, recomendações, indicações ou lembretes: sua observância é obrigatória, imperativa. Mas o Direito não confia apenas na boa disposição dos destinatários de obedecerem suas normas: para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de exigir, por meios violentos, se necessário, o cumprimento das normas. (BARCELLOS, 2011, p. 41)

A esse respeito, Ferraz Júnior (1985) refere-se à eficácia em dois sentidos distintos, o sociológico, para designar a correspondência entre a norma e a realidade social, e o jurídico, consistindo na condição da norma de tecnicamente produzir efeitos. A união dos dois sentidos conduz à composição do conceito geral de eficácia definido pelo autor, como o “sucesso da disposição normativa [...], medido pela possibilidade de se alcançarem os objetivos da edição

da norma [...]”. Desta feita, a eficácia jurídica relaciona-se à possibilidade de aplicação e exigibilidade jurídica da norma.

Delimitada a composição da eficácia jurídica das normas, designada como “aquilo que é possível exigir judicialmente com fundamento na norma” (BARCELLOS, 2011, p. 107), parece dedutível que a construção dessa eficácia é necessariamente precedida pela identificação dos efeitos (da imperatividade) que o enunciado normativo pretende realizar. Essa construção, contudo, é problemática em alguns casos, demandando, não raro, o exame coordenado da proposição jurídica com as demais normas que compõem o ordenamento²³. E não só isso: a sindicabilidade da norma também é questionável, na medida em que também é obscura a definição do que se poder exigir do Judiciário, para a realização dos resultados pretendidos pela proposição.

Parece, assim, que, em geral, “o conteúdo da eficácia jurídica se identifica com o efeito normativo” (BARCELLOS, 2011, p. 43). Por isso, deve-se reconhecer que a normatividade, sobretudo dos princípios, é um caminho a construir no âmbito da argumentação e sustentação das decisões judiciais. E é sobre esse dilema, de natureza hermenêutica, que muitos juristas se deparam, quando se tem que decidir com base em princípios, como o da dignidade da pessoa humana.

O natural (ou o ideal) seria que, diante de um preceito normativo, fosse possível identificar, sem problemas, o efeito que o comando pretende produzir e, em consequência, as condutas que o realizem. Desse modo, não haveria problemas em exigir do Judiciário exatamente aquilo fundado na norma que, por algum motivo, não se realizou espontaneamente.

Ocorre que a realidade jurídica é outra: nem sempre o ordenamento (até mesmo por uma impossibilidade fática) atribui de modo tão delimitado a eficácia jurídica a alguns dispositivos normativos, em especial quando se trata de princípios jurídicos, sobretudo por que o direito é dinâmico e as condutas por eles albergadas são continuamente mutáveis.

Ao contrário das regras que, normalmente, detêm um conteúdo definido, têm seus efeitos desde logo estabelecidos e definem de forma lógica as condutas necessárias para a sua realização; alguns princípios jurídicos guardam complexidades maiores na relação entre esses dois elementos: efeitos e condutas. De acordo com Barcellos (2011, p. 65), exige-se do intérprete nesses casos, além de uma compreensão valorativa, filosófica, moral e/ou

²³Norberto Bobbio (1999, p. 22) registra que a definição do Direito não se limita a consideração de uma norma isolada, nela compreendido regras e princípios. Segundo ele, uma determinada norma torna-se eficaz quando “imersa” em conjunto coordenado de outras normas, denominado de ordenamento jurídico.

ideológica dos efeitos relativamente indeterminados, o exercício de escolha, que não é exclusivamente jurídica ou lógica, dentre os diversos caminhos que se dispõe para ligar o efeito do princípio a diferentes condutas possíveis. Exemplo elucidativo sobre a indefinição de efeitos de condutas dessa classe de princípios diz respeito à interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como já se adiantou, não há consenso sobre a utilização desse preceito normativo, tampouco há o cuidado dos juristas de construir a sua eficácia jurídica de modo entrelaçado às demais normas jurídicas, respeitando as dimensões de moralidade e de adequação e o propósito de melhor apreender o valor da prática jurídica objeto da controvérsia. Como resultado, o tratamento jurisprudencial sobre o tema, objeto de pesquisa no terceiro capítulo, tem normalmente se revelado no uso arbitrário do princípio da dignidade. Como se verá, a noção de dignidade tem sido distorcida e, em geral, utilizada para proporcionar pseudoargumentos nas mais diversas áreas do direito. Como resultado, múltiplas são as respostas no sistema para temas semelhantes, que mais esvaziam o conteúdo do princípio da dignidade, do que o realiza.

1.2.2 Modalidades de eficácia associada aos princípios

Uma vez verificado que a eficácia jurídica, identificada com o seu efeito normativo, é um atributo das normas, compreendendo a aptidão de produzir efeitos no mundo do direito e de se exigir judicialmente as condutas nelas fundadas, reservou-se a este item a descrição das modalidades de eficácia jurídica tradicionalmente reconhecidas pela doutrina no estudo dos princípios.

Há que se rememorar que esse atributo normativo era, há não muito tempo, próprio das regras, contudo, em meio ao movimento pós-positivista, a doutrina tem envidado esforços para expandir a capacidade normativa dos princípios, desenvolvendo modalidades diferenciadas e próprias às características dessas normas (BARROSO, 2009, p. 378).

Diante das diversas classificações doutrinárias sobre o tema, optou-se em seguir algumas das classificações doutrinárias citadas por Paulo Bonavides (2013, p. 293-294) e Humberto Ávila (2011, p. 97-102), para quem as dimensões de eficácia são traduzidas por funções exercidas pelos princípios no mundo jurídico. De um modo geral, as modalidades de eficácia dos princípios jurídicos podem, então, ser reduzidos, sem prejuízo das demais elencadas, às *funções negativa e interpretativa*.

De acordo com Ávila (2011, p. 97), essas funções residem no plano da eficácia indireta, na medida em que correspondem à produção de efeitos com a intermediação de outra norma (regra ou princípio). Assim, princípios, como o da dignidade humana e do devido processo legal, relacionam-se com outras normas, ou afastando elementos normativos contrários, ainda que expressos, ou orientando a interpretação das demais normas de acordo com os fins por eles definidos.

A *função negativa*, de acordo com Barroso (2009, p. 380), permite que sejam declarados inválidos todos os preceitos normativos que não se coadunam aos efeitos pretendidos na norma. Trata-se, nos termos definidos por Maria Helena Diniz (2009, p. 122-123) ao tratar da função eficaz das normas constitucionais, da possibilidade de “paralisar a eficácia de toda a disposição normativa divorciada dos princípios e fins por elas preordenados”. E essa aptidão normativa dirige-se, segundo a autora, não só ao legislador, mas também à aplicação legislativa e à judiciária. Refere-se, assim, à função bloqueadora de Ávila (2011, p. 98), que igualmente consiste na possibilidade de afastar elementos que sejam incompatíveis com os efeitos idealizados pela norma.

Desse modo, a função negativa ou bloqueadora, em vez de obrigar o Poder Público a seguir um determinado caminho para a concretização da norma, a ele impede de seguir diretriz contrária, conferindo assim a eventuais prejudicados o direito de judicialmente exigir a paralisação de atos normativos que contrariem os fins de um princípio acolhido pelo sistema jurídico.

Sobre essa função ou eficácia negativa, Barroso (2009, p. 380) e Barcellos (2011, p. 84) fazem uma ressalva: para identificar se uma norma viola os efeitos pretendidos por outra, é necessário, de antemão, saber que efeitos são esses, e mais, que condutas são necessárias para a realização desses efeitos. Diante desse pré-requisito, surge a controvérsia quanto à eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a sua indeterminabilidade de sentido. A solução proposta por Barcellos (2011, p. 291-369) é reduzir o núcleo desse princípio ao mínimo existencial, de modo que a norma que o violasse seria afastada. No último capítulo, esse tratamento doutrinário ao princípio da dignidade será melhor delineado e, pelas repercussões negativas à fundamentação das decisões judiciais, argumentativamente refutado.

Em complemento à abordagem negativa, Barroso (2009, p. 380) trata da vedação do retrocesso como uma derivação dessa modalidade de eficácia, mas que estaria, sob a forma de princípio constitucional implícito, especificamente relacionada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Desse modo, o proposto pela vedação ao retrocesso é a possibilidade

de se evitar que o poder público retroceda em medidas que tenham concretizado direitos fundamentais.

Pela *função interpretativa*, os princípios cumprem a tarefa de orientação dos casos jurídicos submetidos à apreciação do intérprete e, por isso, são “verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa.” (ESPÍNDOLA, 2002, p. 73). Nesse sentido, a eficácia interpretativa faz com que os princípios sirvam de diretrizes para a compreensão e a aplicação das demais normas, exercendo, assim, função orientadora da atividade interpretativa.

Por esta senda, Ávila (2011, p. 98) traduz a função interpretativa como a que se dirige a interpretar as normas contidas em textos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos. Desta feita, os princípios, por orientarem a interpretação de outras normas, seriam qualificados, segundo o autor, como “decisões valorativas objetivas com função explicativa”.

Nesse contexto, é possível reconduzir a função interpretativa dos princípios, aqui tratada, ao que Dworkin (2007, p. 274) aborda, tematizando o Direito como integridade, sobre o papel dos princípios jurídicos. Segundo o autor, quando um padrão jurídico é identificado como princípio, deve ser ele compreendido como uma proposta interpretativa, que, de alguma forma, ajusta-se e justifica uma parte complexa da prática jurídica. Isso significa dizer que: “o princípio orienta a interpretação judiciária, e deve justificá-la de forma convincente” (MOTTA, 2012, p. 159).

Em sentido complementar, Barroso (2009, p. 379) afirma tratar a função interpretativa de eficácia que orienta a interpretação de regras constitucionais e infraconstitucionais, para que, dentre as opções válidas, o intérprete faça a opção pela que melhor realiza o efeito pretendido pelo preceito normativo.

Nesse sentido, Barcellos (2011, p. 97-103), ao tratar do processo interpretativo ínsito ao Direito, atribui aos princípios a função de baliza e controle do elemento volitivo e indeterminado que conduz o intérprete. A autora, fundando-se em lições do positivista Hans Kelsen, supõe que não só nos casos difíceis, mas especialmente neles, a conclusão do processo interpretativo, notadamente realizado pelo magistrado ao fundamentar suas decisões, inevitavelmente repousará em um elemento inafastável de vontade:

[...] a interpretação convive com um elemento volitivo fundamental, um espaço de escolha ocupado livremente pelo intérprete. Muitas vezes, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), mas não apenas nestes, a conclusão do processo interpretativo – eventualmente a decisão de um magistrado – repousará em um elemento de vontade inafastável. (BARCELLOS, 2011, p. 98)

É em consequência desse entendimento que Barcellos e outros juristas, ainda com ranços do positivismo jurídico, permanecem no campo da semanticidade²⁴ e, em proteção ao seu discurso, admitem diferentes respostas semânticas na hora da decisão: se as palavras contêm incertezas e indeterminação, nada mais evidente, eles concluem, do que admitir uma multiplicidade de sentidos. Esse discurso, contudo, demonstra a cisão, como observa Streck (2014, p. 80), entre interpretar e aplicar. Trata-se de concepção clássica da hermenêutica jurídica, rompida (com ranhuras) pelo modelo advindo da hermenêutica filosófica, que reduzia a interpretação do Direito à revelação do sentido adormecido na letra jurídica, isto é, interpretar a lei cingia-se à reprodução do discurso legislativo, isto é, de descoberta do sentido escondido na norma jurídica (FERREIRA, 2007, p. 234).

Tomando as lições de Gadamer (2013, p. 406), autor fundado na hermenêutica filosófica, a compreensão é um elemento essencial ao processo hermenêutico, pois antecede qualquer argumentação. Em outras palavras, a interpretação é a forma explícita da compreensão, de tal modo que a compreensão não é “um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.” (GADAMER, 2013, p. 18).

O autor prossegue o raciocínio, afirmando, então, que a interpretação do direito pode ser referida como a concretização da lei, isto é, como a tarefa da aplicação (GADAMER, 2013, p. 432). Desse modo, no plano do Direito, a interpretação e a aplicação não se realizam autonomamente, mas se superpõem, como uma só operação hermenêutica²⁵, que, em resumo, consiste “na decifração de signos, no esforço empreendido para que se construa o entendimento.” (SIMÕES, 2010, p. 52). Não há como se admitir, portanto, no ato decisório, momentos distintos de atuação do juiz: em um primeiro – de compreensão, em que são identificadas as “balizas” de interpretação, definindo-se a sua margem de liberdade; para que, em um segundo momento – de aplicação, ele decida (ou faça a sua escolha).

A atividade interpretativa das normas jurídicas, portanto, forma e conforma o ordenamento jurídico, de sorte que a aplicação não pode ser vista como uma etapa distinta e eventual do fenômeno da compreensão. Pelo contrário, a aplicação e a compreensão devem ser concebidas em conjunto, como elementos simultâneos à tarefa interpretativa, no sentido de

²⁴ No sentido designado por Dworkin (2007, p. 38-45), quando se refere aos positivistas e as suas teorias semânticas do direito: eles buscam, sem êxito, identificar e compartilhar critérios comuns para a aplicação de proposições jurídicas e, por isso, são incapazes de reconhecer a divergência teórica no direito.

²⁵ Simões (2010, p. 52-53) atentamente observa que a palavra “hermenêutica” tem dois significados tradicionais: um relacionado ao Deus Hermes, designando a ideia de decifração de mensagens, na medida em que à época se acreditava que apenas alguns poderiam compreender as mensagens divinas; e outro, voltado para o conjunto de conhecimentos utilizado para a interpretação de textos religiosos, literários e jurídicos.

que a atividade de realização do Direito “decorre de um contínuo ‘ir e vir’ do fato ao Direito e do Direito ao fato, que condiciona tanto a reconstrução jurídica do fato como a constituição da norma a ser aplicada no caso concreto [...]” (FERNANDEZ NETO, 2003, p. 344).

No mesmo sentido, Dworkin (2011, p. 136) aborda os designados “casos difíceis”, refutando qualquer divisão temporal entre interpretação e aplicação do Direito:

Os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo. As restrições institucionais que eles intuem estão disseminadas, e perduram até a própria decisão.

Entender de modo diverso, dissociando esses dois momentos do processo hermenêutico, seria permanecer na defesa de uma das teses centrais do velho positivismo Kelseniano: de recorrer à discricionariedade, enquanto poder delegado aos juízes, para a solução de casos nos quais as normas jurídicas existentes não são suficientes (traduzidas aqui em regras estritamente). Parece, assim, que os aplicadores do direito, tal como Kelsen, desistem de enfrentar o problema dos “casos difíceis” e conferem aos juízes o dever de solução, a partir de um ato de vontade.

Nesses termos e tratando da banalização dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau (2011, p. 342-343) afirma que o que tem prevalecido na decisão judicial já não é mais a Constituição, mas a preferência e o valor que cada juiz adota subjetiva e discricionariamente, segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Isso porque o que se tem acreditado é que a jurisdição constitucional detém a responsabilidade de incorporar os “verdadeiros valores” que definem um direito justo, em detrimento de uma postura de respeito à integridade e à associação coerente de princípios.

Nesse contexto, problemas hermenêuticos relacionados à incompletude da norma e à complexidade dos casos não solucionados pelas regras impeliram, ainda sob uma visão positivista, o mundo do direito a se propor a “superar” o sistema estrito de regras, o que se tornou possível (ou pelo menos se cogitou que assim seria) pela introdução dos princípios no discurso jurídico ou, como já tratado, pela normatividade conferida a esses padrões de julgamento. Desta feita, os princípios passaram a ser articulados, tal como alerta Oliveira (2007, p. 13), como fatores que reduziriam a discricionariedade judicial.

Ao contrário do que se pretendia, entretanto, os princípios, sobretudo os constitucionais, passaram a ser reverenciados como bases do ordenamento jurídico, sem que a essa veneração fossem agregados outros elementos, para melhor compreendê-los e aplicá-los.

Como resultado, assevera Motta (2012, p. 158), saltou-se de um período de negação da normatividade dos princípios, para uma “era” em que tudo passa a ser considerado como princípio: [...] nos vemos às voltas com ‘padrões de julgamento’ que, na verdade, têm efeito muito mais retórico (performático) do que algum laço *moral* [...].

Desse modo, a alusão reiterada a princípios assume contornos problemáticos, na medida em que envolve caráter altamente retórico e até mesmo metafórico. E, com isso, o recurso casuístico a princípios não só amplia ainda mais a vagueza e a ambiguidade de normas jurídicas, como também põe em evidência o perigo do juiz se personificar como o porta-voz moral da sociedade.

Registre-se que essa tendência contemporânea de aposta no protagonismo judicial decorre, segundo Streck (2013, p. 20), de uma equivocada recepção do que na Alemanha se convencionou designar de Jurisprudência de Valores. De acordo com o autor (2013, p. 21), nos anos que sucederam à II Guerra Mundial e à edição da Lei Fundamental Alemã, a realidade da época apontava para a necessidade de abertura do legalismo extremado, que, de alguma forma, possibilitou o totalitarismo nazista, para a referência aos valores. Daí porque a invocação de argumentos que transcendessem à estrutura rígida da lei foi o mecanismo encontrado para subsidiar os critérios decisórios do Tribunal Alemão.

Algo que não se tem observado, contudo, é que as teorias constitucionais e interpretativas contemporâneas que buscam a repriminção da Jurisprudência dos Valores, equivocam-se ao incorporar teses, originalmente alemãs, em uma realidade, a exemplo da brasileira, que não possui o mesmo contorno histórico. Como resultado, tem-se a profusão da tendência de apostar no protagonismo judicial para a concretização de direitos, em detrimento de uma atuação interpretativa coerente que assegure a integridade do direito e a verdadeira superação do positivismo jurídico.

Diante disso, a referência teórica à obra de Dworkin torna-se central no presente estudo, na medida em que tomando o Direito como uma prática interpretativa, o jusfilósofo norte-americano admite que a compreensão de sentidos e intencionalidades das práticas jurídicas passa por uma análise construtiva que busca a leitura mais atraente e coerente de um conceito. Trata-se da pretensão dworkiniana, que em muito se assemelha à hermenêutica filosófica de Gadamer, de análise da historicidade da interpretação e da defesa de um modo construtivo de interpretar o Direito e as práticas que o compõem, tendo como elemento condutor os valores e os princípios compartilhados por uma comunidade.

Vale ressaltar, como se verá mais adiante, que Dworkin não nega os desacordos sobre a aplicação de regras e princípios, como também não refuta que certas indeterminações

jurídicas podem dar ensejo a controvérsias políticas entre juristas. Em verdade, ele reconhece que as divergências no direito não podem ser explicadas por uma visão semântica criterial e convencionalista, atrelada a questões de significado e de fidelidade ao direito. A explicação dos desacordos jurídicos, para ele, reside na “natureza interpretativa das disputas morais e no fato de que o direito não pode ser entendido exclusivamente com base em suas fontes sociais. O direito tem [...] também uma fonte moral, de natureza argumentativa [...]” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 192).

Observa-se, assim, como bem retrata Homci e Taxi (2012, p. 03), que Dworkin persegue o objetivo de justamente “unir o aspecto hermenêutico de compreensão dos textos legais com a necessidade normativa de repensá-los com vistas a resolver os problemas concretos da melhor maneira possível, segundo os princípios jurídicos vigentes.”. Isso porque, para o autor, o melhor método para a compreensão do direito cinge-se na interpretação, enquanto empreendimento criativo e reconstrutivo, das proposições jurídicas, sobretudo quando o desacordo envolve questões complexas, como as que envolvem conceitos interpretativos.

Por essa razão, evidenciar as divergências na aplicação da dignidade humana pela jurisprudência brasileira, que, em geral, desconsidera a natureza interpretativa do princípio, tem como propósito, como se verá nos capítulos seguintes, de demonstrar a realidade sobre a qual se propõe o emprego da teoria de Dworkin sobre o modelo adequado de interpretação do direito, construído à luz da concepção do direito como integridade. Trata-se, assim, de uma opção metodológica que visa resgatar a normatividade do Direito, em especial dos padrões de princípios, repousando-a na objetividade hermenêutica da atividade judicial.

Antes disso, porém, faz-se necessário abordar algumas das bases teóricas oferecidas por Dworkin, sobretudo quanto ao caráter argumentativo do Direito, como também à natureza interpretativa e teórica de muitas das controvérsias que ocorrem em seu interior sobre a melhor forma de conceptualizar conceitos. Com isso, serão delineados os fundamentos teóricos básicos para a reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de uma visão integrada e coerente do Direito, que, assim, considere-o como guia e critério interpretativo de outros conceitos morais. E não só isso: será possível evidenciar como a versão crítica de Dworkin ao positivismo jurídico demonstra a insuficiência desse modelo para a adequada compreensão e solução dos desacordos teóricos no direito.

CAPÍTULO II - A RECONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DA ABORDAGEM DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

É certo que não existe um único método capaz de conferir a “correção” do processo interpretativo. Desde as teorias positivistas, já se reconhecia essa impossibilidade. Isso não significa dizer, contudo, que o intérprete (notadamente o juiz) possa, frente à indeterminabilidade do direito, fazer uso da sua subjetividade e arbitrariamente decidir os casos controversos sujeitos a sua apreciação.

Ora, os princípios, como o da dignidade da pessoa humana, não podem servir de álibis teóricos na tentativa de superar os problemas metodológicos das lacunas normativas. As regras, como muitos ainda podem acreditar, não estão ligadas à subsunção, e os princípios, às teorias argumentativas. Em outras palavras, os casos fáceis não se resolvem simplesmente por raciocínios causais, e os difíceis, por estratégias mais complexas, como a ponderação.

Como se verá, o tratamento jurisprudencial, em geral, conferido à dignidade da pessoa humana, demonstra a divergência entre os juristas e a dificuldade enfrentada pelos Ministros da Suprema Corte Brasileira para capturar a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico proposto por Dworkin, sobretudo em casos de alta controvérsia moral. Apesar de reconhecerem o desacordo, eles geralmente pressupõem que compartilham os mesmos fundamentos do conceito e, por isso, acreditam que a divergência sobre o princípio da dignidade se relacionaria a problemas de aplicação e observância desses fundamentos no caso concreto. Nesses casos, a controvérsia na aplicação jurídica decorre, conforme se verá e segundo a visão do direito como integridade de Dworkin, do desacordo quanto à melhor forma de compreender conceitos jurídicos, como o da dignidade humana.

Com isso, observa-se que o problema enfrentado pela teoria do direito na atualidade, quando se está diante de conceitos “problemáticos”, como o da dignidade da pessoa humana, reside justamente no fato de alguns juristas afastarem a real dimensão interpretativa do direito e mal compreenderem como os princípios de fato funcionam na prática judicial: não como guias para um exercício discricionário ou como “regras” vagas vinculantes em razão de sua positivação ou porque são dotados de certa autoridade, mas como elementos normativos que requerem justificação interpretativa.

Nesse contexto, reconhece-se que o uso de conceito e concepção, ainda que inconscientemente, é amplamente difundido entre filósofos contemporâneos e aplicadores do

direito no âmbito de processos judiciais, cuja questão central é a solução de controvérsias interpretativas.

Não raro, as divergências entre juízes e advogados giram em torno justamente de diferenças teóricas quanto ao fundamento e o conteúdo de uma mesma prática jurídica. Tais controvérsias, embora muitas vezes compreendida como simples divergências empíricas sobre a existência e a aplicação de práticas jurídicas, revelam-se, segundo posicionamento de Dworkin, a partir de distintas opiniões interpretativas que buscam propor reconstruções teóricas, na forma de concepções antagônicas, da melhor justificação ou argumento racional de um conceito.

Tratando-se propriamente da dignidade humana, enquanto conceito moral do qual irradiam valores e a que Dworkin (2012, p. 212) atribui a condição de guia e critério interpretativo do conteúdo da moralidade, questiona-se se as diferentes concepções do conceito realmente designam desacordo de valores e se a interpretação é o mecanismo ideal para conferir a unidade e a coerência por ele preconizada.

Desta feita, este capítulo visa demonstrar, segundo a teoria do direito como integridade de Dworkin e tendo em vista a relevância de compreendê-la para a decisão de casos judiciais, as divergências no Direito, o contraste entre conceito e concepção e o contexto em que essa distinção se revela, evidenciando o seu entrelaçamento à interpretação de práticas judiciais. Propõe-se, assim, verificar de que modo essa postura hermenêutica-constructiva de conciliação de valores apresentada por Dworkin oferece os elementos necessários para o estudo e a aplicação coerente e adequada da dignidade da pessoa humana, enquanto conceito interpretativo de extrema carga deontológica.

2.1 DIVERGÊNCIAS NO DIREITO

O direito, na visão de Ronald Dworkin (2007, p. 17), é um fenômeno social, cuja prática demanda de quem a exerce uma atitude argumentativa voltada principalmente à discussão acerca da “verdade” de certas proposições jurídicas.

Adotando o ponto de vista do juiz e a abordagem interna de análise da estrutura argumentativa da prática jurídica, isto é, o ângulo sob o qual se manifestam convicções interpretativas sobre o sentido da prática do direito, Dworkin (2007, p. 05) reconhece que os processos judiciais sempre suscitam ao menos três tipos diferentes de questões: a) de fato; b)

de direito; e c) interligadas de moralidade, política e fidelidade. Isso significa dizer, respectivamente, que as partes de um processo podem divergir quanto aos fatos concretos envolvidos no caso, à lei pertinente e, ainda, acerca dos termos morais de uma decisão.

Para Dworkin (2007, p. 07), o problema da divergência sobre o Direito é questão central em sua teoria, de modo que ele distingue duas formas pelos quais juízes e advogados podem divergir acerca da verdade de uma proposição jurídica: a) divergências empíricas, na hipótese de os aplicadores do direito concordarem sobre os fundamentos do direito, mas divergirem quanto à presença desses fundamentos em um caso concreto; b) divergências teóricas quanto aos fundamentos do direito, por discordarem “sobre a questão de se o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito” (DWORKIN, 2007, p. 07). Nas palavras de Macedo Junior (2013, p. 192), isso significa dizer que os desacordos jurídicos, para Dworkin, são compreendidos como empíricos, quando se referem “à ocorrência ou não de um fato no mundo que institui uma norma”; e teóricos, quando se referem à identidade do que é o direito, isto é, ao que deve ser considerado como fundamento do direito.

Diante disso, Dworkin (2007, p. 08) afirma que as divergências sobre o direito na sua modalidade teórica são as mais problemáticas e as que, de fato, advogados e juízes possuem no âmbito de um processo judicial. Apesar disso, muitos são os filósofos do direito que afirmam que essa divergência teórica é ilusória e que, na verdade, a única divergência sensata sobre o direito seria a empírica, assumindo o ponto de vista denominado por Dworkin do “direito como simples questão de fato”.

Esses filósofos, a exemplo dos positivistas, insistem que juristas compartilham critérios linguísticos para avaliar a validade de proposições jurídicas, embora reconheçam que essas regras, ainda que contidas na prática jurídica, estão nela ocultas, demandando a elaboração de teorias que procurem identificar quais seriam esses critérios. Ao conjunto desses pensamentos, Dworkin (2007, p. 40-41) designou de teorias semânticas do direito, segundo as quais:

[...] os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam.

Nota-se, com isso, que essas teorias semânticas, sobretudo as elaboradas pelos positivistas, sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato e desprezam as divergências teóricas, por entenderem que o verdadeiro argumento sobre o direito detém natureza prática. Ademais, essas teorias pressupõem que qualquer discussão em direito é sensata apenas se os aplicadores do direito compartilharem os mesmos critérios para decidir, ainda que desconheçam quais critérios são esses.

Os filósofos do direito, contudo, ao produzirem e debaterem as teorias semânticas sobre os critérios que juristas compartilham, apresentaram, segundo Dworkin (2007, p. 55), uma visão errônea do que é a divergência no direito e de quando ela é possível, dando origem ao que ele chamou de “agulhão semântico”:

Chamarei de agulhão semântico o argumento [...] que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir 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, 2007, p. 55)

Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 56) evidencia que a imagem da prática do direito oferecida pelas teorias semânticas pouco se ajusta aos tipos de divergências que advogados e juízes realmente têm no âmbito de embates judiciais. Essas teorias seriam, segundo ele, coerentes tão somente se a divergência se situasse “sobre fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior” (DWORKIN, 2007, p. 56). Como nem toda (ou quase nenhuma) controvérsia jurídica se esgota nesse tipo de análise semântica e que tampouco os fundamentos do direito são determinados por simples consenso, Dworkin diz que alguns teóricos são vítimas do “agulhão”, por permanecerem presos a essa semântica criterial, tornando-se incapazes de reconhecer e explicar os desacordos teóricos.

Sobre o assunto, é válido trazer à baila, pela clareza da exposição, trecho em que Macedo Junior (2013, p. 180-181) explica a visão de Dworkin acerca da concepção semântica de um conceito:

Uma concepção semântica de um conceito é aquela que procura identificar os fatos e as regras existentes no mundo que nos permitem usar corretamente esse mesmo conceito. Assim, uma concepção semântica do conceito de árvore, por exemplo, é aquela que usualmente encontramos num dicionário e que identifica o uso dessa palavra à existência de uma referência, a coisa árvore, à qual se reportam as pessoas quando utilizam tal termo. Dentro dessa visão, o significado de um conceito é

definido em função da extensão do conceito, isto é, do conjunto de coisas, fatos e práticas que estão inseridos no “campo semântico” da palavra.

Dworkin (2007, p. 54) critica, portanto, as teorias semânticas, não só evidenciando a impossibilidade de sempre usar os mesmos critérios para decidir acerca da validade de proposições jurídicas, mas também por descrever como falaciosa a defesa positivista da teoria que sustenta o ponto de vista do direito como simples questão de fato: os casos difíceis seriam apenas discussões limítrofes, nos quais os juízes apenas fingiriam divergir sobre o conteúdo do direito. Por esta senda, Dworkin (2010a, p. 214) afirma:

Alguns filósofos cometeram o erro, acredito, de pensar que todos os conceitos são regidos dessa maneira por critérios comuns, ou, pelo menos, o erro de pressupor, de um ponto de vista acrítico, que os conceitos que eles estudam são regidos desse modo.

Assim, as divergências no Direito, a exemplo da que se trava na compreensão da dignidade humana, são para Dworkin, em sua maioria, de natureza teórica, e não empírica, como, ainda, positivistas e outros filósofos do direito insistem em argumentar. O problema, segundo a teoria da controvérsia do jusfilósofo, reside, portanto, no modo como os teóricos semânticos, entre eles incluída a classe positivista, admitem por desacordo possível e, sobretudo, de como essa imagem distorcida se ajusta mal ao tipo de divergência jurídica que advogados e juízes naturalmente possuem.

2.1.1 Divergências teóricas são interpretativas

Para Dworkin, as controvérsias que podem surgir em sede de análise de casos judiciais giram em torno de divergências teóricas de natureza interpretativa sobre os fundamentos do direito, ou seja, “divergem, em grande parte ou em detalhes sutis, sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição” (DWORKIN, 2007, p. 109).

Tratam, portanto, as divergências teóricas do debate sobre a melhor forma de se interpretar a prática da jurisdição, cuja solução em casos judiciais decorrerá de qual das convicções interpretativas dos magistrados responsáveis em julgá-los predominará.

Para tanto, o autor rememora, em sua obra “O Império do Direito”, casos jurídicos reais decididos pela Corte Americana e pela Corte Britânica, a partir dos quais é possível

evidenciar a natureza dos argumentos jurídicos e a modalidade sob a qual se estabeleceu a divergência entre juízes.

Dentre eles, cita-se o caso *Elmer* (DWORKIN, 2007, p. 20-25), no qual se questionava se Elmer, mesmo tendo assassinado seu avô, poderia herdar os bens deixados por ele em testamento. Os legatários residuais incluídos no testamento suscitaram que Elmer, como assassino do testador, não estaria habilitado a receber a herança. O advogado de Elmer, por outro lado, argumentou que o testamento era válido, uma vez que não havia violado qualquer cláusula legal.

Apesar do voto dissidente do Juiz Gray, acompanhado por apenas um membro da Corte Americana, segundo o qual a lei deveria ser aplicada em seu sentido “literal”, portanto, favorável a Elmer; prevaleceu a posição defendida pelo juiz Earl, no sentido de que fosse negada a herança a quem cometeu homicídio para obtê-la. De acordo com o voto vencedor, ao caso deveria ser aplicada a teoria das intenções do legislador, de modo que a lei não poderia ter consequências que o legislador teria rejeitado caso conhecesse; assim como deveria ser observado os princípios gerais do direito, a fim de ajustar a interpretação da lei aos demais princípios de direito, dentre os quais o de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro.

Observa-se, assim, que a controvérsia instaurada não era sobre a aplicação da lei. Referia-se, na verdade, ao que a legislação devidamente interpretada determinaria para a solução do caso, isto é, a divergência era sobre o conteúdo e o modo de interpretar a lei nas circunstâncias especiais do caso concreto. Nesses termos, aduziu Dworkin (2007, p. 25):

Usarei esse caso para ilustrar muitas questões diferentes na argumentação que se segue, mas a mais importante de todas é esta: a controvérsia sobre Elmer não dizia respeito à questão de se os juízes deveriam seguir a lei ou adaptá-la, tendo em vista os interesses da justiça. [...] Foi uma controvérsia sobre a natureza da lei, sobre aquilo que realmente dizia a própria lei sancionada pelos legisladores.

Diante desse caso, Dworkin (2007, p. 110) demonstra que, ante as teses antagônicas propostas por litigantes em um processo judicial, os juízes manifestam teorias interpretativas que fundamentam suas convicções sobre o “sentido” e o propósito da prática jurídica. Desse modo, sendo a prática jurídica um exercício de interpretação, as divergências no direito são teóricas, ainda que fundamentadas em critérios diferentes, no sentido de que produzem e debatem concepções concorrentes sobre as melhores interpretações de uma mesma prática.

Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 113) reconhece que o Direito é um conceito interpretativo, cujo florescimento depende de que haja pelo menos um consenso inicial sobre quais práticas são jurídicas, isto é, as divergências interpretativas devem ao menos referir-se a

algum ponto comum que torne o desacordo possível. Ademais, quando juízes se deparam com divergências teóricas no direito, eles, na verdade, exercem interpretação das práticas jurídicas sob uma abordagem construtiva que “tenta apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz” (DWORKIN, 2007, p. 112). Eles discordam, portanto, sobre qual reconstrução teórica (concepção) melhor descreve a prática do direito.

2.1.2 A vulnerabilidade da metodologia descritiva de Hart e o aguilhão semântico: o debate Hart vs. Dworkin

Nesse momento, a exposição da abordagem hermenêutica de Dworkin não pode ser mais bem desenvolvida sem a apresentação, ainda que breve, do debate por ele travado, ao longo de quase quatro décadas²⁶, com Hart, quem Dworkin tomou como o seu principal e mais sofisticado interlocutor. Sem a pretensão de retomar todos os seus elementos, mas tão somente de identificar os pontos centrais diretamente relacionados ao objeto deste estudo, a reconstrução do debate Hart vs. Dworkin terá como fio condutor a divergência metodológica, isto é, a crítica do método descritivo e desengajado do Direito proposto por Hart.

Como já evidenciado em seção anterior²⁷, Dworkin propôs, a partir do seu artigo seminal “O modelo de regras I”, um ataque geral ao positivismo, tendo como Hart o seu principal representante e alvo de críticas, cujos argumentos foram por ele assim resumidos:

Afirmar que é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis [...]. Mas os juristas e os juízes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos [...]. Esse fato coloca o positivista diante da seguinte difícil escolha. Ele poderá tentar mostrar que os juízes, quando invocam princípios desse tipo não estão apelando a padrões jurídicos, mas apenas exercitando seu poder discricionário. Ou poderá tentar mostrar que, contrariamente às minhas dúvidas, um teste comumente aceito sempre identifica os princípios [...]. Defendi que nenhuma das duas estratégias pode ser bem-sucedida. (DWORKIN, 2011, p. 73-74)

Nos termos do que é asseverado por Shapiro (2007, p. 06), o debate, pelo menos nessa primeira perspectiva crítica de Dworkin, cinge-se sobre a validade da versão hartiana do

²⁶ O artigo seminal de Dworkin – *Model of Rules I*, do qual partiu as suas principais críticas a Hart, foi originariamente publicado em 1967. O contra-ataque de Hart veio apenas em 1994, com a publicação póstuma do Pós-Escrito constante na segunda edição do seu livro *O Conceito de Direito*. Em 2004, com a publicação do texto *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, Dworkin respondeu ao revide.

²⁷ Seção 1.1.2, intitulada: Princípios e regras: distinções elementares.

positivismo jurídico. Nesse texto, Dworkin criticou, tal como já observado, três preceitos-chaves do positivismo jurídico, que podem ser reunidos, segundo Macedo Junior (2013, p. 160-161), nos seguintes aspectos argumentativos levantados por Hart em sua obra “O Conceito de Direito”, de 1961: a) a denominada tese das fontes sociais, em que as normas jurídicas têm a sua validade reconhecida unicamente em razão do seu “pedigree”; b) a tese da convencionalidade, segundo a qual a validade da norma jurídica decorre de uma norma de reconhecimento convencionalmente aceita; e c) a tese da separabilidade entre direito e moral, que afirma ser a descrição do direito livre de qualquer conexão e valoração moral.

Ao lado dessas teses centrais, outras duas premissas básicas do pensamento hartiano também foram refutadas por Dworkin (2011, p. 27-35): a) a tese da obrigação, segundo a qual a obrigatoriedade de uma regra decorre da sua aceitação social como um padrão de conduta e de ter sido elaborada da maneira estipulada por uma regra secundária; e b) a tese da discricionariedade, que, como consequência do limite impreciso (“textura aberta”) das regras jurídicas, impõe aos juízes o exercício do poder discricionário, por meio de uma nova legislação retroativa, para a solução de casos problemáticos.

A partir desse conjunto de críticas, Dworkin concebe a teoria de Hart e a do positivismo em geral como “um modelo de e para um sistema de regras e que a sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos leva a esquecer importantes papéis desempenhados pelos padrões que não são regras.” (DWORKIN, 1967, p. 22, tradução nossa)²⁸. É diante desse “esquecimento” dos princípios pela teoria de direito hartiana que Dworkin formula a sua conhecida distinção entre regras e princípios, já tratada em páginas anteriores desta pesquisa.

Apesar das críticas, vale ressaltar, conforme observa Macedo Junior (2013, p. 70), que uma das maiores contribuições da Teoria Geral do Direito de Hart, sobretudo a partir da sua principal e mais comentada obra, “O Conceito de Direito”, cinge-se na valorização da dimensão interna das regras e na sua crítica aos modelos precedentes do positivismo, como ao de Bentham e Austin.

Nesses termos, é chegada a hora de apresentar um primeiro esboço da teoria do direito proposta por Hart, apenas com o fim de justificar e melhor explicitar as severas críticas tecidas por Dworkin.

Para o filósofo inglês, é a partir da perspectiva interna de compreensão do participante que se tem uma correta descrição do direito. O sistema jurídico de Hart é, então, constituído

²⁸ “[...] a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standard that are not rules.”

pelas práticas contidas e tornadas vinculantes por regras sociais convencionalmente aceitas e que, segundo ele, são estruturadas sob a forma de regras primárias e secundárias. As primárias estabelecem deveres, em termos positivos e negativos; as regras secundárias, por sua vez, têm por finalidade a correção e a complementação das regras anteriores (HART, 2007, p. 101-109). Para o autor, essas regras são elementos que, uma vez combinados, representam a forma mais clara do que pode ser caracterizado como Direito.

Nesse contexto, Hart situa a sua designada “regra de reconhecimento” como regra secundária e elemento mestre de identificação e de validação do material jurídico:

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem se efectivamente [sic] aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. (HART, 2007, p. 128).

Nota-se, com isso, que Hart propõe uma asserção bifronte do Direito, em que, de um lado, exige-se a aceitação, por qualquer que seja o motivo, da regra estabelecida; e de outro, a aceitação pelos “funcionários do sistema” das regras de reconhecimento como padrões críticos do comportamento oficial. Assim sendo, uma vez passados pelos testes e satisfeitos os critérios de validade propostos por essa regra convencionalmente aceita, uma regra legal é reconhecida e considerada válida dentro de um sistema jurídico.

Desse modo, Hart relaciona a sua a regra de reconhecimento à maneira com que os juízes devem exercer a jurisdição: “Para que possa [a regra de reconhecimento] sequer existir, tem de ser considerada do ponto de vista interno como um padrão público comum de decisão judicial correcta [sic].” (HART, 2007, p. 127).

Com efeito, constata-se que o reconhecimento normativo admitido por Hart em nada se relaciona com o aspecto valorativo de aprovação: “[...] o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o direito, sem a adoptar [sic] ou partilhar.” (HART, 2007, p. 304). Nesse sentido, o que importa para a aceitação ou o endosso de uma regra é tão somente o seu reconhecimento, isto é, admitir as razões e os critérios que a constituem, e não a sua aprovação ou valoração moral.

Tem-se, com isso, que a exposição do Direito como uma união de regras primárias e secundárias demonstra, como bem assevera MacCormick (2010, p. 222), a proposta descritiva de Hart de como o Direito funciona e se mantém coeso. É dentro dessa perspectiva, inclusive, que o autor inglês (2007, p. 301) reconhece, já no Pós-Escrito da obra “O Conceito de

Direito”, que o seu relato sobre o sistema jurídico é puramente descritivo, na medida em que prescinde de qualquer valoração moral ou propósito de justificação.

Outra observação de relevo que precisa ser feita, na tentativa de contextualizar e tornar mais clara a abordagem crítica feita por Dworkin, refere-se à questão de como Hart compreende a indeterminação do Direito e as suas implicações para a discricionariedade judicial. Registre-se, inclusive, que esse assunto pode ser considerado, como admite Shapiro, o núcleo do debate Hart vs Dworkin:

[...] o ponto principal do debate relaciona-se à questão da discricionariedade judicial. Certamente, Hart e Dworkin divergiam sobre quando juízes têm discricionariedade forte em casos difíceis. Essa disputa é derivada de uma: cada um deles tem uma posição diferente sobre a discricionariedade judicial, porque ambos têm diferentes teorias sobre a origem da lei.²⁹ (SHAPIRO, 2007, p. 17, tradução nossa).

Como se viu, Hart concebe o Direito como um sistema de regras, identificadas por critérios convencionalmente aceitos e que vinculam o comportamento social. Assim, é com base nesse modelo estrito de regras jurídicas que deve o juiz solucionar as controvérsias a ele submetidas. Apesar disso, Hart reconhece que as regras, por um limite inerente à linguagem, não são suficientemente certas e determináveis. De acordo com o autor (1977, p. 28-29), as regras, como toda expressão linguística, detêm um núcleo duro de significado, que comporta exemplos paradigmáticos, e também uma “zona de penumbra”, no qual se instala a indeterminação e a incompletude do Direito.

Nesses casos não regulados por lei e que, portanto, a solução jurídica não decorre de uma simples atividade de dedução lógica, Hart recorre ao exercício discricionário dos juízes e de outras autoridades, para a escolha do sentido normativo prevalecente:

As situações fáticas não nos aguardam etiquetadas [...], nem levam em cima sua categoria legal, de modo que o juiz pudesse lê-la. Ao contrário, ao aplicar normas legais, alguém deve assumir a responsabilidade de decidir se a letra da norma ampara ou não o caso em questão, com todas as consequências objetivas que tal decisões implica.³⁰ (HART, 1977, p. 23, tradução nossa).

²⁹ “[...] the core issue of the debate revolves around the question of judicial discretion. To be sure, Hart and Dworkin did disagree about whether judges have strong discretion in hard cases. Yet this dispute is a derivative one: both sides take their positions on judicial discretion because of their very different theories about the nature of law.”

³⁰ “Fact situations do not await us neatly labelled, [...] nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision.”

Desta feita, Hart admite que, dentro da estrutura das regras, deve haver um espaço de discricionariedade conferido ao julgador, para as hipóteses, designadas de casos difíceis, em que a linguagem jurídica não é suficientemente capaz de regular o caso concreto. E esse é justamente um dos pontos que Dworkin toma para tornar o modelo hartiano alvo de críticas.

Na teoria jurídica de Dworkin, como já se teve oportunidade de verificar em páginas anteriores, o Direito não se resume a um conjunto de regras sociais convencionalmente aceitas. A dimensão do Direito é muito mais ampla, abarcando também a prática argumentativa com princípios, que funcionará, desde que justificado em um todo normativo coerente, como padrão de conduta que os juízes devem utilizar para fundamentar as suas decisões, limitando, com isso, a esfera de discricionariedade defendida por Hart.

Por esta senda, também MacCormick (2010, p. 44) reconhece que “a teoria de Hart falha de modo significativo ao não lançar nenhuma discussão essencial acerca dos princípios paralela à discussão das regras.”. Até mesmo Hart (2007, p. 321-322) admite no Pós-Escrito, embora não relegue a sua obstinação positivista e as teses centrais do seu modelo, de que constituiu um defeito dessa obra “a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem.”.

Pelo conjunto de críticas por ora apresentado, verifica-se que Dworkin pretendeu demonstrar que as regras em sentido estrito, nomeadamente as regras sociais de reconhecimento, tratadas por Hart como as únicas que identificam (ou descrevem) o direito, não são suficientes para capturar a dimensão interpretativa da discussão jurídica. Isso significa dizer que, para Dworkin, o modelo normativo do Direito inclui outros tipos de *standards* jurídicos que também vinculam a prática judicial. Trata-se dos princípios, padrão normativo que o autor vai dispensar profunda e substantiva argumentação ao longo de suas obras, sobretudo para embasar a sua leitura moral e interpretativa do Direito e, ainda, para afastar decisões judiciais fundadas em atitudes discricionárias.

Cumprе ressaltar que o argumento geral, até então produzido por Dworkin, no qual a questão metodológica ainda constava apenas como o pano de fundo das críticas dirigidas a Hart, foi ampla e diretamente refutado, ainda que em graus distintos, por diversos representantes da teoria positivista, a exemplo de Joseph Raz³¹ e Jules Coleman³². Na verdade, em vida, Hart nunca respondeu diretamente, pelo menos não na forma escrita, às

³¹ Remete-se à leitura de: RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes Editora, 2012.

³² Remete-se à leitura de: COLEMAN, Jules. Negative and positivism. *Journal of Legal Studies*, Chicado, v. 11, 1982.

críticas de Dworkin: “He apparently left to others the task of defending his theory.”³³ (SHAPIRO, 2007, p. 19).

Como bem assevera Shapiro (2007, p. 19), as respostas dos teóricos positivistas dividiram-se em dois diferentes modelos de defesa: positivistas exclusivistas e positivistas inclusivos. Ambos consideraram persuasivos os argumentos de Dworkin, porém, divergiram sobre os pontos de rejeição. Foge do escopo desta seção, registre-se, estruturar a estratégia defensiva formulada por qualquer um dos flancos do positivismo. Por essa razão e considerando apenas a proposta de demonstrar que a teoria do Direito de Dworkin não é livre de críticas, será tão somente apresentada a questão central de cada linha argumentativa.

De um lado, posicionaram-se os positivistas exclusivistas, que aceitaram a caracterização feita por Dworkin do positivismo, mas rejeitaram a forma com que ele justificou o reconhecimento dos princípios como parte do Direito. Para eles, o erro de Dworkin foi considerar a validade do Direito a partir do seu conteúdo moral, isto é, admitir que “os princípios são vinculantes *como direito*.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 168). Nesse sentido, os princípios, na visão exclusivista, seriam apenas parâmetros extrajurídicos, que, nos casos difíceis, os juízes podem deles se socorrer. Sobre o assunto, Macedo Junior (2013, p. 169) brilhantemente destaca que a resposta oferecida por essa classe de positivistas não levou a sério o real papel dos princípios na prática jurídica:

Isso porque o que os juízes produzem não é apenas uma resposta plausível para suas decisões, mas antes uma resposta correta considerando todas as dimensões envolvidas no problema (*all things considered*). O que eles visam é oferecer a melhor justificação dentro de um contexto argumentativo controvertido.

Do outro lado, situaram-se os positivistas inclusivos, que, em geral, acolheram a metodologia de julgamento proposta por Dworkin, mas rejeitaram a sua caracterização do positivismo jurídico (SHAPIRO, 2007, p. 22). Eles, então, permaneceram fiéis ao argumento hartiano do critério de validade normativa baseada na norma de reconhecimento, com a diferença de que admitiram a possibilidade de reconhecer, em alguns sistemas jurídicos e a depender da prática judicial de aceitar ou não esses padrões, a força vinculante e a validade dos princípios ao lado das regras dotadas de *pedigree*.

Observa-se, com isso, que os ensaios iniciais de Dworkin, onde as primeiras críticas ao positivismo jurídico foram formuladas, não foram objeto de uma interpretação unitária e pacífica. Ao mesmo tempo em que a sua teoria foi alvo de objeções, algumas de suas teses

³³ “Ele aparentemente deixou para os outros a tarefa de defesa da sua teoria.” (Tradução nossa).

também foram acolhidas por diversas maneiras pelos teóricos do positivismo jurídico. Assim, em artigos posteriores, o debate metodológico com os positivistas e, mais precisamente com Hart, renovou-se, principalmente, porque, segundo Shapiro (2007, p. 26), os argumentos levantados por Dworkin até então não teriam sido bem sucedidos para desconstruir o positivismo jurídico. E embora as críticas de Dworkin já tenham sido duras o bastante, para fragilizar algumas das premissas básicas do modelo descritivo de Hart, elas, naturalmente, não se esgotaram na abordagem que gravita entre a distinção de padrões normativos e de como a teoria do filósofo inglês é incapaz de lidar com princípios.

Já no texto “O Modelo de Regras II”, escrito em resposta a diversas objeções que o seu texto anterior sofreu, Dworkin lança, em crítica à teoria da regra social de Hart, as primeiras noções da sua tese da controvérsia, evidenciando como as teorias positivistas não são aptas a reconhecer o que é e como ocorre a divergência que normalmente juristas e aplicadores do direito possuem:

[...] mesmo quando as pessoas consideram uma prática social como uma parcela necessária das razões para se afirmar a existência de um dever, elas podem, ainda assim, divergir quanto à abrangência desse dever. Suponhamos, por exemplo, que os membros de uma comunidade que “tem a regra” segundo a qual os homens não devem usar chapéu na igreja, estejam divididos quanto à questão de se “essa” regra aplica-se aos bebês do sexo masculino que usam gorros. Cada lado acredita que sua concepção acerca dos deveres dos bebês ou de seus pais é a melhor, mas nenhuma das concepções pode ser representada como se fosse baseada em uma regra social, pois não há nenhuma regra social que se aplique ao caso. (DWORKIN, 2011, p. 86-87).

Esse esclarecimento apresentado por Dworkin, a partir da citação de uma variante de um famoso exemplo de Hart, tem por fim demonstrar a falibilidade da teoria da regra social, eis que ela não consegue explicar o fato de que, mesmo quando as pessoas convencionalmente aceitam uma regra e consideram uma prática social como parte necessária das razões para se admitir a existência de um dever, ainda assim elas podem divergir quanto à abrangência desse dever (DWORKIN, 2011, p. 86).

Assim, a problemática que envolve a regra convencional de Hart situa-se, tal como esclarece Macedo Junior (2013, p. 178), em dois pontos: na contradição de se admitir controvérsias com base em pressupostos convencionalistas e, sobretudo, em como o esforço dos positivistas de responder às objeções de Dworkin acabam por solapar os próprios fundamentos teóricos do modelo positivo. Nesse sentido, aceitar que uma regra de reconhecimento pode servir de critério de validação de regras desconsidera o fato de que quase sempre as controvérsias jurídicas podem se relacionar à própria regra de

reconhecimento. Desta feita, Dworkin propõe uma revisão da regra social, conferindo a ela certo grau de incerteza, o que parece ser fatal para a teoria de Hart:

Pode-se então dizer que a regra é “incerta”, na medida em que a comunidade diverge quanto à aplicação apropriada de um ou mais termos da formulação padrão, desde que se concorde que os casos controversos sejam decididos com base em uma ou outra interpretação. (DWORKIN, 2011, p. 89).

Os argumentos de Dworkin contra o positivismo foram aprofundados, sob uma nova roupagem, na sua obra “O Império do Direito”, originalmente publicada em inglês, no ano de 1986, com o título “Law’s Empire”. A tese que fomentará o debate, nesse contexto, radica-se na exposição de como a divergência no Direito é possível e, por isso, como a teoria positiva, como a de Hart, incorre no que Dworkin designou de “agulhão semântico”. Essa estratégia argumentativa, que é o foco de estudo das seções iniciais desse capítulo e a premissa básica para a compreensão dos tópicos subsequentes, foi decisiva, como afirma Shapiro (2007, p. 54), para o reconhecimento, ainda ignorado por alguns, da vulnerabilidade do positivismo jurídico às críticas refinadas de Dworkin.

Em que pese a contribuição de Hart para o desenvolvimento da teoria contemporânea do Direito, verifica-se, nos termos da nova versão crítica de Dworkin, que o autor inglês fracassa em sua explicação do significado das controvérsias jurídicas, permanecendo preso a uma concepção semântica criterial do próprio conceito de Direito. Isso porque a coerência das conclusões de Hart é contaminada pela sua leitura convencionalista da regra de reconhecimento como uma questão de fato, presumindo, assim, que o desacordo só seria possível se as partes compartilhassem os mesmos critérios para decidir.

De acordo com Dworkin (2007, p. 41), Hart sustenta o ponto de vista do Direito como simples questão de fato, segundo o qual a divergência sobre a natureza do Direito decorreria de um desacordo empírico sobre a história das instituições jurídicas. A verdade de uma proposição jurídica, para Hart, encontra-se na aceitação de uma regra-mestra fundamental, denominada regra de reconhecimento, e da sua dimensão *factual*. Desse modo, a identificação e a compreensão dos fundamentos do Direito seriam resultado de um mínimo consenso linguístico e social. Com isso, diz Dworkin (2007, p. 41), Hart supõe, tal qual um teórico semântico, que advogados e juízes utilizam os mesmos critérios linguísticos para decidir, mas divergem sobre o que, de fato, compartilham e sobre os fundamentos estipulados por esses critérios.

Apesar da plausibilidade da crítica, ela foi diretamente refutada por Hart, no Pós-Escrito do livro “O Conceito de Direito”. Em defesa ao ataque de Dworkin, Hart (2007, p. 307-308) nega ser um teórico semântico e afirma que Dworkin teria confundido conceito com os critérios para a sua aplicação:

Embora no primeiro capítulo de *Law’s Empire* eu seja classificado, juntamente com Austin, como um teorizador semântico e seja, assim, visto como fazendo derivar uma teoria de direito positivista e meramente factual do significado da palavra direito e como padecendo do ferrão semântico, de facto, nada no meu livro ou em qualquer outro texto que eu tenha escrito pode servir de apoio a tal versão da minha teoria. Por isso, a minha tese de que os sistemas jurídicos internos desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode ser errônea, mas em nenhum lugar a baseio na ideia errada de que faz parte do significado da palavra direito, que tenha de haver uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou ainda na ideia mais errada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fossem fixados de forma não controvertida, direito significaria coisas diferentes para pessoas diferentes. Na verdade, este último argumento que me é imputado confunde o *significado* de um conceito com os critérios para a sua aplicação [...].

Esse tipo de resposta, entretanto, não afasta o fato de que a teoria do direito de Hart, baseada no compartilhamento de critérios sociais de reconhecimento, apenas admite, tal como ocorre com as teorias semânticas, a divergência em torno da verificação empírica de estarem presentes ou não os critérios factuais de reconhecimento. Assim, ainda que Hart não possa ser considerado um teórico semântico, não há como negar que a sua teoria ignora a possibilidade de divergências teóricas no Direito.

Diante disso, por mais que não se possa identificar um vencedor nesse debate, restou demonstrado que as críticas de Dworkin, sobretudo a partir do refinamento que sofreu com a publicação da obra “O Império do Direito”, enfraqueceu ou, pelo menos, tornou amplamente questionável a pretensão puramente descritiva e não avaliativa da teoria do direito positivista, até mesmo em sua versão hartiana.

Como se verá adiante, a explicação para os desacordos jurídicos reside, segundo Dworkin, no caráter interpretativo das questões morais, isto é, ao que deve ser considerado como o fundamento mais adequado e que melhor reconhece o apelo valorativo de uma prática jurídica.

Isso é importante, justamente porque, para Dworkin, “uma parcela significativa dos equívocos filosóficos e ‘metodológicos’ frequentes no debate teórico-jurídico contemporâneo são fruto de confusões conceituais” e, por isso, de desacordos entre operadores do direito sobre a interpretação de uma prática ou conceito jurídico (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 290).

É nesse âmbito, inclusive, que se pretende prosseguir na discussão de como a teoria do Direito como integridade de Dworkin pode contribuir para a compreensão de práticas argumentativas que envolvem conceitos interpretativos, como o da dignidade da pessoa humana.

2.2 O DIREITO COMO CONCEITO INTERPRETATIVO

2.2.1 Interpretação construtiva. O exercício literário de construção de um “romance em cadeia” (*chain novel*)

Dworkin (2005, p. 217) sustenta que a prática jurídica é, de modo geral, um exercício interpretativo, cuja compreensão poderia ser melhor alcançada caso comparada com a interpretação literária. Ele afirma que a discussão teórica acerca do sentido que deve ser dado às proposições jurídicas, sobretudo em casos difíceis, não pode se limitar a uma análise inteiramente descritiva, pois as proposições do direito “são interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas” (DWORKIN, 2005, p. 219).

Semelhantemente à interpretação literária, que, sob o cerne da hipótese estética, sugere que a descrição interpretativa de uma obra literária tenta mostrar qual leitura a revela como melhor obra de arte, Dworkin (2010a, p. 212), reportando-se ao Direito como “hipótese política”, evidencia que conceitos inerentes à prática jurídica funcionam “como conceitos interpretativos”, sobre os quais se discutem qual sentido melhor apreende o seu valor.

Desse modo, a tarefa de interpretar o Direito, em casos controversos, torna-se semelhante, segundo Dworkin (2005, p. 238-239), ao exercício literário de construção de um “romance em cadeia” (*chain novel*), na medida em que se exige do juiz, como um romancista na corrente, uma interpretação jurídica de caráter construtivo que dê sequência à história da prática social do Direito.

Nesse sentido, o juiz deve reconhecer que é apenas um dentre outros parceiros que se sucedem em um empreendimento político em cadeia, no qual as decisões e as estruturas argumentativas são a história. Seu dever, portanto, é interpretar e dar sequência à história jurídica e, considerando as dimensões de ajuste e de substância, propor a melhor “leitura” da corrente de decisões anteriores. Nesses termos, aduz Dworkin (2005, p. 241):

O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar a limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira.

Desta feita, Dworkin (2005, p. 219) refuta a concepção positivista de que as proposições de Direito são inteiramente descritivas ou simplesmente valorativas. Para o autor, elas são interpretativas da história jurídica – no sentido que se assemelha ao exercício literário –, associando elementos da descrição quanto da valoração. Assim, a interpretação de casos jurídicos, em especial os controversos, impõe ao juiz, enquanto intérprete de uma prática jurídica, o dever de demonstrar o seu valor e o melhor princípio e/ou política a que serve.

Essa tarefa, entretanto, de evidenciar a melhor concepção de uma prática, como se pode imaginar, não decorre de um mero acordo convencional. Pelo contrário, os critérios que a envolvem demandam uma atividade interpretativa, que se sujeita a um teste de duas dimensões: “deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor.” (DWORKIN, 2005, p. 239). Isso significa dizer que o sucesso ou a plausibilidade de um argumento sobre a melhor interpretação jurídica de uma prática, como as relativas ao uso do princípio da dignidade da pessoa humana, será tanto maior quanto mais satisfaça às exigências de ajuste/adequação ao que se pretende justificar e ao valor a que a prática serve.

Nesse contexto, Dworkin (2007, p. 63) afirma que a interpretação de práticas sociais, a exemplo do Direito, é construtiva, na medida em que se propõe a “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. Dessa forma, o intérprete da prática social a expõe sob um caráter construtivo, promovendo a interação entre propósito e objeto, assim como busca apresentar de modo argumentativo a interpretação que, de acordo com o seu ponto vista, reflete o máximo de nitidez e valor à prática.

Refinando a interpretação construtiva e a utilizando como instrumento apropriado ao exame do direito enquanto fenômeno social, Dworkin (2007, p. 81) propõe analiticamente a distinção da interpretação em três etapas, evidenciando diversos graus de consenso no ato de florescimento da atitude interpretativa: a) pré-interpretativa; b) interpretativa; c) pós-interpretativa.

Na primeira etapa, denominada de pré-intepretativa, seleciona-se o material jurídico que o intérprete considera fornecer o “conteúdo experimental da prática” (DWORKIN, 2007, p. 81), isto é, as regras e padrões que se inserem no contexto da prática interpretada. Com o

fim de definir as práticas reconhecidas como jurídicas e que constituirão os dados brutos de sua análise pré-interpretativa, Dworkin (2007, p. 81) ressalta que é necessário algum tipo de interpretação e um consenso inicial sobre a prática jurídica entre os membros de uma mesma comunidade, ao menos de maneira aproximada. Sobre o assunto, o autor afirma (2007, p. 113):

Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo [...]. Não quero dizer que todos os advogados, sempre e em todos os lugares, devem estar de acordo sobre exatamente quais matérias devem considerar como matérias jurídicas, mas apenas que os advogados de qualquer cultura na qual a atitude interpretativa seja bem-sucedida devem, em grande parte, estar de acordo em qualquer época dada[...]nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local.

A segunda etapa da atitude interpretativa, por sua vez, descreve um passo essencialmente interpretativo, em que se confere ao intérprete a prerrogativa de formular justificativas de aplicação dos principais elementos identificados na etapa anterior. Segundo Stephen Guest (2010, p. 34), dois fatores estão inseridos nessa etapa interpretativa, um relacionado a uma postura de questionamento e atribuição de significado, e outro referente à extensão desses significados a casos particulares. Desta feita, o estágio interpretativo se configura na medida em que as pessoas apresentam, de acordo com os ajustes de adequação e substância, suas compreensões do significado do material jurídico selecionado a casos não evidentes. Representa, assim, nos termos do que descreveu Dworkin (2007, p. 81), uma reconstrução das práticas de direito já existentes em adequação às complexidades do caso concreto, e não uma invenção do que o direito significaria:

Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.

Após identificado o material jurídico que servirá de dados brutos para a interpretação e apresentadas as justificativas que se ajustam às características habituais da prática interpretada, restará, segundo Dworkin (2007, p. 81), a manifestação da etapa pós-interpretativa, na qual se evidenciará, segundo as convicções substantivas do intérprete, quais das justificativas apresentadas, de fato, é a mais apropriada e a que melhor se adéqua à descrição exemplar da prática. Em outras palavras: depois que as concepções rivais de um

mesmo conceito se enfrentam para oferecer a melhor interpretação, nessa terceira etapa, toma-se como a “correta” a que mais se ajusta e a que melhor reconhece o valor da prática.

Ressalte-se, por oportuno, que o grau de consenso existente na fase pré-interpretativa, ou mesmo o mínimo de ajuste entre as convicções apresentadas na segunda etapa, deverão, no último estágio interpretativo, manifestar-se em menor intensidade, para que a atitude interpretativa floresça. E, como bem registra Macedo Junior (2013, p. 289):

[...] a melhor interpretação não depende [...] da existência de uma convenção social que assim a reconheça, ainda que exija a existência de algum tipo de compartilhamento de práticas [...]. O que ela demanda é a existência de melhores argumentos ou justificações que a embasem (melhor *fit* e melhor atenção ao apelo valorativo) e que possam ser reconstruídos por meio das práticas compartilhadas que lhe serviram de referência num momento interpretativo inicial.

Cumprido ressaltar que esses três níveis de interpretação, dessa vez relacionados a conceitos morais, são novamente abordados por Dworkin, em sua obra “Justiça para Ouriços”, ao demonstrar a teoria da interpretação que defende – a “conceptual”. De acordo com ele (2012, p. 139 e 143), a interpretação se desenvolve, em primeiro lugar, quando as práticas sociais a que a interpretação pertence são individualizadas. Em segundo, quando se atribui sentidos ao gênero identificado por pertinente, isto é, os pressupostos sobre a finalidade da prática interpretada. E, por último, identifica-se a melhor compreensão de sentido da prática do que qualquer outra interpretação alternativa.

Uma vez definidas as etapas interpretativas, a distinção entre conceito e concepção é suscitada por Dworkin (2007, p. 86-87), para evidenciar que, sobretudo no decorrer das duas primeiras fases de interpretação, as divergências teóricas na interpretação de práticas do direito corresponderiam a divergências envolvendo concepções rivais de um conceito. Isso porque a primeira etapa, marcada por um mínimo grau de consenso, pressupõe que uma comunidade jurídica divide certa base conceitual comum sobre a prática do direito por ela compartilhada, para que, nas etapas posteriores, sejam, respectivamente, apresentadas as concepções desse material jurídico e identificada qual delas é a mais justificada e adequada.

Nesses termos, o autor (2012, p. 139) complementa que o nível de divergência ou convergência irá variar de acordo com o nível em que se interpreta, de tal modo que a convergência exigida é maior no primeiro nível e menor no terceiro, pois, do contrário, restaria comprometido o resultado da atividade interpretativa.

Com efeito, a própria decisão judicial, por exemplo, é na visão de Dworkin uma questão de reconstrução interpretativa das práticas jurídicas e dos conceitos envolvidos, visto

que as controvérsias do direito, sustentadas por concepções rivais de um mesmo conceito, seriam solucionadas pelo recurso à atitude interpretativa. Sobre o assunto, manifesta-se Jürgen Habermas (2003, p. 261):

Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma ‘interpretação construtiva’ que explicita a racionalidade do processo de compreensão [...] Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado [...] como uma encarnação exemplar do direito em geral.

Em se tratando de enunciados de conteúdo moral, como o da dignidade humana, Dworkin (2012, p. 161) explica que a verdade de uma proposição interpretativa depende do que se julga ser a melhor compreensão do objetivo da interpretação do gênero, isto é, depende da coerência do argumento que o sustenta.

Desse modo, a interpretação para o autor é profundamente holística, de tal modo a não haver hierarquia entre os distintos valores e juízos morais que decorrem da atividade interpretativa. Como elucidado por Teresinha Pires (2013, p. 101), a teoria acerca dos juízos morais desenvolvida por Dworkin tem como suporte principal a tese de que os conceitos e valores morais são interpretativos e, por isso, os juízos morais respectivos não são tidos por verdadeiro ou falso, mas por “mais ou menos razoáveis”.

2.2.2 Conceito, concepções e paradigmas do direito

A maioria das controvérsias interpretativas do Direito reflete divergências teóricas inseridas na zona do que Dworkin denominou de casos difíceis (*hard cases*), cujo recurso a regras e a princípios é problemática, dando origem à “discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição de direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes *determinantes* da questão” (GUEST, 2010, p. 163).

Nesses casos, a ideia de interpretação construtiva de Dworkin se articula com a sua questionada tese acerca da existência de uma resposta correta para casos controversos, com a qual ele (2011, p. 127) nega o poder discricionário do juiz de criar novos direitos e de aplicá-los retroativamente ao caso concreto, para sustentar que em demandas judiciais, ainda que

sem aparente previsão legal que regule o caso, uma das partes pode reivindicar o direito de ganhar a causa.

Nesse sentido, a verdade de uma proposição jurídica em casos difíceis seria determinada, segundo Dworkin (2010a, p. 211), quando uma justificativa oferecesse o melhor argumento a favor dessa proposição, em detrimento da contrária:

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz [...].

Observa-se, assim, que, para Dworkin, o empreendimento jurídico é compreendido objetivamente a partir do jogo argumentativo e de interpretação, de forma que as divergências teóricas no direito estariam, na verdade, ancoradas na discussão acerca da melhor concepção de um conceito.

Desta feita, Dworkin (2007, p. 87) faz uso frequente da distinção entre conceitos e concepções para demonstrar que, em diferentes níveis de abstração, os juristas divergem acerca do conteúdo e do modo de interpretar o direito, de sorte a refletir certo acordo inicial de um conjunto distinto de ideias (conceito), cuja controvérsia latente é identificada e assumida, quando da exposição de concepções rivais desse conceito.

Para demonstrar o contraste entre diferentes níveis de abstração em que se situam o conceito e a concepção, Dworkin, no capítulo II da sua obra “O Império do Direito”, imagina a história de uma comunidade fictícia, para evidenciar, de forma mais simples e em comparação ao fenômeno social do Direito, a tarefa de um filósofo de expor, de forma mais conceitual e menos autônoma, a prática social da cortesia.

Com efeito, o autor (2007, p. 86-87) expõe que a cortesia teria a sua estrutura em forma de árvore, de acordo com a qual o tronco representaria o certo consenso que as pessoas manifestariam acerca das proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, enquanto que os galhos da árvore compreenderiam as divergências quanto às subinterpretações dessas proposições. Nesse sentido, Dworkin exemplifica que, nessa comunidade imaginária, as pessoas poderiam concordar, em um primeiro nível de abstração, que haveria uma ligação conceitual entre a cortesia e o respeito, de modo que este último ofereceria o *conceito* de cortesia, mas certamente divergiriam acerca das reais exigências da ideia de respeito. Essas posições antagônicas sobre a correta interpretação do respeito, por sua vez, corresponderiam às *concepções* que cada um tem do conceito de cortesia.

Desse modo, a distinção entre conceito e concepção, no pensamento dworkiniano (2007, p. 87), decorreria de um contraste em níveis diferentes de abstração das interpretações da prática estudada. O primeiro estágio apreenderia a base conceitual comum que a comunidade compartilha acerca das diversas interpretações de uma prática, ao passo que, no segundo nível, a controvérsia “latente” originada de diferenças teóricas seria assumida e manifestada por distintas concepções da forma de compreender a prática.

Em obra esclarecedora acerca das teorias jurídica e política de Dworkin, Stephen Guest (2010, p. 39) descreve a ideia dworkiniana quanto à diferença entre conceitos e concepções:

A idéia é esta. As pessoas podem ter concepções diferentes de alguma coisa e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é a melhor. [...] No contexto das concepções, esta ‘coisa’ é o ‘conceito’ e é constituída por um nível de abstração a respeito do qual há uma concordância quanto a um conjunto distinto de idéias, e que é empregada em todas as interpretações. Uma concepção, por outro lado, incorporará certa controvérsia que, segundo Dworkin, encontra-se ‘latente’ no conceito.

Nota-se, assim, que Dworkin entende que as controvérsias no Direito não decorreriam de desacordos linguísticos de significado, mas, na verdade, teriam sua origem em divergências teóricas de abordagem acerca de uma mesma prática que a comunidade interpreta e abstratamente ao menos compartilha uma ideia conceitual comum. Desta feita, diferentes concepções de uma prática jurídica representariam argumentos interpretativos e particulares sobre o conceito de direito, que funciona, nos termos do que Dworkin denominou, como interpretativo.

Segundo o autor (2010a, p. 17), alguns dos conceitos jurídicos seriam interpretativos, uma vez que estimulariam o seu intérprete, pelo menos em comunidades políticas complexas, a refletir sobre as exigências de uma prática do direito e a constantemente contestar e divergir quanto ao melhor modo de aplicá-la e interpretá-la. As pessoas poderiam, portanto, naturalmente concordar sobre a ideia mais abstrata de um conceito, mas divergir quanto aos argumentos sobre a sua melhor concepção.

Vale ressaltar, nos termos preconizados por Macedo Junior (2013, p. 221), que a própria contestabilidade desses conceitos abre espaço para que novas interpretações desafiem e, inclusive, superem concepções interpretativas anteriores. Isso significa dizer que o próprio conceito de “melhor argumento” é também um conceito interpretativo, o que leva a crer, como diz Dworkin (2007, p. 59), que a interpretação construtiva é contínua e repercute na prática, alterando o seu formato e incentivando novas reinterpretações.

Nesse conjunto de conceitos interpretativos, estariam inseridos, segundo Dworkin (2010a, p.18-19), o próprio conceito de direito, como também os de justiça, liberdade e de dignidade, visto que todos representam práticas que, de alguma maneira, a comunidade compartilha e lhes atribuem valor e propósito, embora as pessoas formulem argumentos antagônicos sobre as condições de veracidade das posições particulares que as pessoas assumem no contexto da prática. Nesses termos, esclarecedora é a descrição de Paulo Klautau Filho (2013, p. 246) sobre como alguns conceitos, em Dworkin, funcionam como interpretativos:

[...] justiça, liberdade, igualdade, democracia e outros conceitos políticos são diferentes. Certamente, estão entre os conceitos mais importantes que partilhamos, apesar de não partilharmos critérios exatos para sua aplicação. [...] Eles funcionam para nós como conceitos *interpretativos* [...]. Partilhamos tais conceitos, porque partilhamos práticas e experiências nas quais são necessariamente aplicados. Entendemos que os conceitos descrevem valores, mas discordamos, em certo grau, e em alguns casos intensamente, sobre como aquele valores deve ser expresso e sobre o que é aquele valor.

Dessa maneira, as pessoas admitem a existência de um núcleo conceitual comum da prática, mas divergem substantivamente sobre qual concepção melhor as demonstra e explica seu valor. Nas palavras de Dworkin (2012, p. 166): “partilhamos um conceito interpretativo, quando o nosso comportamento coletivo, ao usarmos esse conceito, se explica melhor considerando que o seu uso correto depende da melhor justificação do papel que para nós desempenha.”.

Tratando mais especificamente da dignidade, cuja explicação mais detalhada do conceito será adiante apresentada, Dworkin (2012, p. 174 e p. 211) a compreende como um conceito moral e interpretativo, cuja concepção razoavelmente clara seria formada por dois princípios éticos fundamentais, que identificariam o conteúdo da moral: o respeito próprio e a autenticidade.

Segundo o autor (2012, p. 212 e 217), o princípio do respeito próprio relaciona-se à atitude de reconhecer a importância de viver bem a sua própria vida, ao passo que o princípio da autenticidade é por ele abordado como a possibilidade de levar a sério a sua vida, isto é, vivê-la como considera certo e conforme os valores que supõe adequados.

Vale ressaltar que essa concepção ao termo decorreu, segundo Dworkin (2012, p. 212), da própria distorção e dos abusos com que normalmente muitos têm se dirigido à noção de dignidade:

A idéia de dignidade tem sido distorcida por abusos e más utilizações. Surge regularmente em convenções de direitos humanos, em constituições políticas e, com ainda menos discriminação, em manifestos políticos. É usada de forma quase geral para proporcionar um pseudoargumento ou apenas para apresentar uma carga emocional. [...]. Devemos, ao invés, assumir a tarefa de identificar uma concepção [sic] razoavelmente clara e cativante da dignidade; tento fazer isso com os dois princípios que descrevi. Outros discordarão: a dignidade, tal como muitos dos conceitos que figuram na minha longa discussão, é um conceito interpretativo.

Nesse sentido, a dignidade humana, enquanto conceito moral e interpretativo, não pressupõe critérios partilhados de aplicação, mas supõe práticas compartilhadas sobre esse conceito (DWORKIN, 2012, p. 188). Desta feita, eventuais desacordos sobre os valores designados pelo conceito não são propriamente conflitos, mas divergências interpretativas sobre a sua melhor concepção.

Assim, a atribuição de sentido depende do comprometimento do intérprete de analisar as respostas oferecidas e construir, a partir dessas concepções rivais, uma interpretação unitária e coerente que traduza a melhor leitura possível que o conceito de dignidade pode oferecer. Trata-se do que Dworkin denominou de responsabilidade moral, cujo conteúdo e propósito serão abordados ao final desse capítulo.

Não obstante as divergências teóricas quanto algum conceito interpretativo, Dworkin reconhece a existência de *paradigmas* no Direito, que desempenham o papel de atenuar as diferenças e promover a convergência das convicções sobre as práticas jurídicas. Os paradigmas, portanto, funcionariam, na argumentação jurídica, como fator crucial para a formulação adequada de concepções acerca de um conceito, pois compreenderiam “proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância” (DWORKIN, 2010a, p. 110).

Desta feita, qualquer concepção de uma prática do direito que não se ajustasse ao paradigma vigente em uma dada comunidade seria facilmente desconsiderada por não representar interpretação plausível e suficientemente justificada para expor a prática jurídica em sua melhor luz. Registre-se, por oportuno, que Dworkin (2007, 89) ressalta que os paradigmas não estariam a salvo de novas interpretações que os contestem e os substituam por outros considerados melhores e mais adequados.

Diante da distinção entre conceito e concepção e do uso balizador dos paradigmas para a atuação interpretativa das práticas do Direito, Dworkin (2007, p. 112) permite-se a afirmar que a maioria das controvérsias jurídicas em nada se assemelha às divergências empíricas preconizadas pelas teorias semânticas do direito como simples questão de fato, brevemente abordadas no início desse capítulo. Segundo ele, a discussão entre os filósofos do direito é

substantiva e se baseia na discordância quanto ao fundamento interpretativo, em seu aspecto construtivo, que os argumentos jurídicos devem ter.

Desta feita, Dworkin (2007, p. 89) reconhece que o uso de critérios linguísticos e de significado, segundo a imagem limitada do “agulhão semântico”, não funciona para determinar as condições de veracidade de conceitos que funcionam como interpretativos, a exemplo da justiça e do direito.

Embora as pessoas compartilhem o conceito de justiça, elas divergem “tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas” (DWORKIN, 2010a, p. 18). Isso porque a justiça é uma instituição que demanda interpretação, logo, não é possível seguir padrões comuns de linguagem para decidir quais situações seriam injustas ou injustas. Resta à comunidade jurídica, com isso, formular afirmações particulares sobre o que se entende da ideia de justiça, abstratamente compartilhada, e argumentativamente decidir quais das interpretações refletem a melhor concepção da prática.

Nesse sentido, estabelece Dworkin (2007, p. 91):

[...] cada um – alguns mais reflexivamente mais que outros – forma uma idéia da justiça que é, não obstante, uma interpretação[...] Os filósofos políticos podem desempenhar os diferentes papéis que imaginei para o filósofo da cortesia. Eles não podem desenvolver teorias semânticas que estabeleçam regras para ‘justiça’ [...] Podem, contudo, tentar apreender o patamar do qual procedem, em grande parte, os argumentos sobre a justiça, e tentar descrever isso por meio de alguma proposição abstrata adotada para definir o ‘conceito’ de justiça para a sua comunidade, de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser entendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito.

Em se tratando do conceito doutrinário de direito, Dworkin elabora uma teoria geral que pressupõe a postura argumentativa e interpretativa como mecanismos hábeis para não só identificar e descrever o direito válido, mas também para justificá-lo em termos de valor. Desse modo, o autor, segundo observações de Stephen Guest (2010, p. 43), toma como questão central à definição do conceito de direito a ideia de justificação do uso do poder estatal. Assim, reconhecer que os juristas compartilham o conceito de direito como interpretativo, para Dworkin, permite que seja ele visto como uma entre outras concepções do conceito de poder coercivo estatal.

Desse modo, o autor (2007, p. 117) utiliza da distinção entre conceito e concepção para reconhecer que as diferentes concepções de direito aprimoram a interpretação consensual de uso da imposição coercitiva estatal que evidencia o conceito de Direito e, assim, apresenta

um diálogo da sua concepção do “direito como integridade” com duas concepções contrárias, a do “convencionalismo” e a “do pragmatismo jurídico”.

2.2.3 Concepções de direito

De acordo com Dworkin (2007, p. 122), o direito “é uma questão de saber o que de suposto justo permite o uso da força pelo Estado”. Assim sendo, cada uma das concepções de direito por ele apresentadas vai descrever, de forma distinta, como as práticas jurídicas, a exemplo da legislação e do precedente, definidas em decisões judiciais passadas contribuem para justificar o uso da força da coerção estatal.

Desta feita, a rivalidade entre as concepções de direito decorrerá justamente da descrição da prática jurídica que será utilizada na etapa pós-interpretativa, e quais entendimentos, então, serão evidenciados para solucionar questões polêmicas relativas ao modo de interpretar práticas jurídicas, próprias dos casos difíceis:

[...] as concepções do direito serão polêmicas exatamente por diferirem, em suas descrições pós-interpretativas, da prática jurídica, em seus entendimentos sobre a maneira certa de expandir ou ampliar a prática para áreas atualmente controversas e não cultivadas. Essas polêmicas posições pós-interpretativas são a vanguarda de uma concepção do direito, razão pela qual os casos difíceis como os que utilizamos a título de exemplos oferecem o melhor cenário para a exibição de sua eficácia. (DWORKIN, 2007, p. 124)

Três foram as concepções antagônicas utilizadas por Dworkin (2007, p. 118), que serão a seguir brevemente tratadas, para evidenciar a maneira que se apresentam diferentes interpretações abstratas da prática jurídica e de como utilizá-las para justificar decisões em casos difíceis: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”.

O convencionalismo, em linhas gerais, propõe uma visão restrita da coerência a propósito de decisões judiciais passadas, na medida em que “um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos” (DWORKIN, p. 119). Assim, essa concepção faz o Direito subordinar-se ao que se denomina de convenções jurídicas, originadas, segundo Stephen Guest (2010, p. 198), de concordâncias simples e rasas de juristas, de modo que a prática jurídica só será bem compreendida se observar e aplicar as convenções em vigor na comunidade. Ademais, declara o convencionalismo que o direito

somente existe se decorrente daquilo que é extraído, por meio de técnicas convencionais, de decisões tomadas no passado.

O pragmatismo jurídico, por sua vez, compreende, de acordo com Dworkin (2007, p. 185), uma concepção cética do que normalmente se acredita estar inserido no conceito de direito, uma vez que “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Essa concepção de direito, portanto, confere maior flexibilidade aos juízes, fundamentando-se na ideia de que eles devem tomar decisões conforme julguem o que é melhor para o futuro da comunidade, em detrimento de qualquer análise de coerência com o passado ou da sua importância para a virtude de qualquer decisão atual.

Em oposição a essas duas concepções, Dworkin (2007, p. 272) propõe a do direito como integridade, segundo a qual: “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Verifica-se, com isso, que o projeto do direito como integridade de Dworkin altera a qualidade do argumento jurídico que justifica a coerção estatal, não se voltando para o passado, nem para o futuro, mas decorrendo de posições interpretativas que se manifestam como fonte de inspiração e produto de uma interpretação abrangente da prática jurídica. Trata-se, portanto, de uma doutrina baseada na coerência moral dos princípios que compõem determinada organização política, servindo de uma exigência que se impõe a legisladores, a juízes e a todos os operadores do direito.

Evidencia-se, assim, que Dworkin apresenta razões, ao longo do seu projeto do direito como integridade, para expor que a melhor concepção do direito não é convencional do repertório jurídico de uma comunidade ou pragmática quanto ao modo instrumental de identificar as melhores regras para o futuro, mas simplesmente argumentativo sobre a interpretação que se apresenta de forma mais justificada e coerente.

Nesse contexto, Lenio Streck (2009, p. 247), em abordagem acerca da distinção estrutural entre casos fáceis e difíceis e das respectivas consequências hermenêuticas, suscita que, para Dworkin, é a concepção do direito como integridade e a sua reconstrução de forma interpretativa que darão condições ao juiz e a outros aplicadores do direito de buscar respostas corretas para os casos difíceis. Em complemento, Streck (2009, p. 303) apresenta a seguinte descrição da concepção proposta por Dworkin do direito como integridade:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

Desse modo, Dworkin reconhece, com base nas diferenças entre conceitos e concepções, que filósofos jurídicos – alguns mais reflexivamente do que outros – compartilham abstratamente, uma ideia da noção de direito, consubstanciada no seu *conceito*, e discordam, em questões controversas, sobre a descrição pós-interpretativa da prática jurídica, manifestando argumentos concorrentes sobre a melhor concepção desse conceito.

Nesse contexto, Nazaré Ferreira (2004, p. 115) elucida o fato de que o modelo de Dworkin pressupõe mais do que uma simples determinação semântica do que está contido no enunciado normativo, mas revela a importância do contexto e das divergências significativas dos discursos jurídicos:

Não há uma única solução para cada questão jurídica, mas apenas respostas melhores que, por meio [...] da argumentação (Dworkin), manifestar-se-ão dentro dos lindes postos pelo sistema normativo. [...] Dworkin traz os aspectos políticos e morais como pressupostos capazes de legitimar a interpretação.

Essa postura adotada por Dworkin revela que o seu projeto hermenêutico busca propor uma interpretação geral da prática jurídica, em que o raciocínio jurídico se configure como um exercício de interpretação construtiva que incorpora dimensões não consideradas na moldura de uma interpretação semântica.

Seguindo essa concepção da integridade, porém, em um nível mais geral e elevado do que o tratado em obras anteriores, isto é, para além do Direito e da política, esse elemento central da sua estratégia hermenêutica volta-se, em “Justiça para Ouriços”, como já se adiantou, para a integridade na moralidade e na ética. Como muito bem ressaltado por Klautau Filho (2013, p. 241), nessa ocasião, Dworkin “vai além dos horizontes da filosofia e do direito e da teoria da justiça”, de tal modo que a noção integrada de valores morais e éticos passa a compor, o que ele definiu, como uma proposta de viver bem. E é sobre esse sentido mais amplo de integridade, em especial quando relacionado ao uso de Dworkin quanto à noção de dignidade para a unidade e a coerência do seu projeto interpretativo, que é dedicado o tópico seguinte.

2.3 A DIGNIDADE HUMANA COMO GUIA NA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS MORAIS

2.3.1 Desacordos genuínos de valor, interpretação e responsabilidade

Sensível à antiga tese filosófica da unidade de valor, Ronald Dworkin desenvolveu, nas palavras de Stephen Guest (2013, p. 25), a sua mais importante obra – “Justiça para Ouriços” (*Justice for Hedgehogs*). Nela, boa parte da produção teórica do último século é questionada, na medida em que se propaga a impopular defesa, ao menos na tradição anglo-americana, da unidade entre valores éticos, morais e políticos, bem como da independência dos valores do domínio da ciência. Nesse aspecto, o jusfilósofo vê a interpretação, guiada pela ideia de dignidade, como metodologia apropriada para a análise de dimensões pertencentes ao domínio do valor: a moralidade, o direito e a ética.

Desta feita, a relevância de se optar em fazer uma breve exposição sobre o que Dworkin tratou nesse livro decorre justamente do fato de a noção de dignidade ter sido tomada por ele como um conceito interpretativo e elemento que o auxilia em seu projeto de interpretação dos conceitos morais (DWORKIN, 2012, p. 212).

Diante dessa proposta, vale evidenciar que o título da obra (“Justiça para Ouriços”) remete à temática da oposição entre monismo e pluralismo de valores, tratada pelo filósofo britânico Isaiah Berlin (2011) em seu livro, *The Hedgehogs and the Fox: An Essay on Tolstoy’s View of History*. O livro inicia-se com a remissão feita por Berlin (2011, p. 03) à frase do poeta grego Arquíloco: “The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing.”³⁴. O trecho indica que, apesar de toda a perspicácia da raposa e das possibilidades de captura do ouriço, ela acaba sempre derrotada pela mesma estratégia: o ouriço impede o seu bote, transformando-se em uma bola de espinhos apontados para todas as direções. Essa passagem de Arquíloco foi resgatada e tornada célebre por Berlin, para, num sentido figurativo, classificar pensadores e escritores, ou mesmo seres-humanos em geral, em ouriços e em raposas:

[...] taken figuratively, the words can be made to yield a sense in which they mark one of the deepest differences which divide writers and thinkers, and, it may be, human beings in general. [...] on one side, who relate everything to a single central

³⁴ “A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço (ou porco-espinho) sabe apenas uma e grandiosa coisa.” (Tradução nossa).

vision, one system, less or more coherent or articulate, in terms of which they understand, think and feel – a single, universal, organizing principle in terms of which alone all they are and say has significance – and, on the other side, those who pursue many ends, often unrelated and even contradictory, [...], related by no moral or aesthetic principle.³⁵ (BERLIN, 2011, p. 03).

O primeiro grupo, dos ouriços, caracteriza-se pela conexão a uma única visão central e a um sistema mais ou menos coerente ou articulado; as raposas, por sua vez, perseguem caminhos diferentes, sem interligação, contraditórios e relacionados apenas por causalidades e sem qualquer identificação moral ou estética.

Nesse contexto, Dworkin assumidamente se classifica, pela tese aventada da unidade de valores, como um ouriço, que demanda uma teoria ética e moral mais inclusiva. Para o autor, “o valor é uma única coisa grande. A verdade sobre como viver bem e sobre como ser bom é não apenas coerente, mas mutuamente reforçada.” (KLAUTAU FILHO, 2013, p. 240).

A integridade permanece, nesse sentido, como ponto-central da sua teoria, porém, não apenas como um ideal político de equidade, justiça e devido processo legal³⁶, mas relacionada à virtude da responsabilidade e à ideia de dignidade humana. Assim, o objetivo de integridade volta-se às dimensões da ética e da moralidade, de tal sorte que o autor (2012, p. 17) passa a conceber o direito como um ramo da moralidade política; esta como uma ramificação de uma moralidade pessoal mais ampla; e esta última, como parte de uma teoria mais geral do que é viver bem.

Dworkin (2012, p. 17) parte do pressuposto de que “na moralidade política, a integração é uma condição necessária da verdade”, isto é, as convicções de valores políticos só poderão ser consideradas verdadeiras, se essas concepções se ajustarem umas as outras de modo coerente. Para comprovar tal afirmação, Dworkin recorre à interpretação como metodologia a ser aplicada a todo e a qualquer conceito moral e político; e, ainda, como elemento que define a responsabilidade moral:

[...] devemos tratar o pensamento moral como uma forma de pensamento interpretativo e que só podemos adquirir responsabilidade moral se tivermos como objetivos a explicação mais compreensiva que pudermos encontrar de um sistema do valor mais geral, no qual figurem as nossas opiniões morais. Este objetivo

³⁵ “[...] figurativamente, as palavras podem ser feitas para produzir um sentido em que elas marcam uma das mais profundas diferenças que dividem escritores e pensadores e, talvez, seres humanos em geral. [...] de um lado, aqueles que relacionam tudo a uma única visão central, um sistema, mais ou menos coerente ou articulado, nos termos em que compreendem, pensam e sentem – um princípio único, universal e organizador nos termos de que sozinho todos eles são e dizem possuir significado – e, de outro lado, aqueles quem perseguem várias finalidades, geralmente não relacionadas e ainda contraditórias, [...], e não relacionado a nenhum princípio moral ou estético.” (Tradução nossa).

³⁶ Como já tratado, essa foi a abordagem adotada em obras anteriores de Dworkin, como: “O Império do Direito”.

interpretativo fornece a estrutura do argumento adequado. Define a responsabilidade moral. (DWORKIN, 2012, p. 50).

Isso porque, na leitura de Dworkin (2012, p. 24), os juízos morais são interpretativos e a cada momento são colocados em uma moldura mais extensa de valores, para que seja testado o seu ajuste ao que cada um considera como a melhor concepção de um conceito. Dessa forma, cada pessoa, individualmente, possui a responsabilidade de tornar seus julgamentos morais coerentes. E isso só é possível, segundo Dworkin, pela interpretação. Em outras palavras: pela melhor abordagem interpretativa que se pode fazer do valor de um conceito moral.

Isso significa dizer, como observado por Klautau Filho (2013, p. 249), que a teoria da responsabilidade preconizada por Dworkin constitui parte de uma teoria mais ampla da interpretação, demonstrando, com isso, que a argumentação moral, para o jusfilósofo norte-americano, representa um modo de raciocínio interpretativo:

Os juízos morais são interpretações de conceitos morais básicos. Testamos essas interpretações verificando sua adequação a uma rede mais ampla de valores. A moralidade como um todo, e não apenas a moralidade política, caracteriza uma empreitada interpretativa. (KLAUTAU FILHO, 2013, p. 249)

Vale ressaltar que já no livro “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”³⁷, Dworkin (2009) remete-se à responsabilidade, como objetivo, que deve ser perseguido pelo Estado e por seus cidadãos ao enfrentarem questões de grande relevância e complexidade moral. Nessa oportunidade, o autor, tendo como referência o aborto e a eutanásia, redesenha o grande debate sobre esses dois temas, propondo uma nova compreensão dos argumentos morais.

De acordo com o autor (2009, p. 94), a base das controvérsias morais reside na premissa de que todos, explícita ou implicitamente, compartilham a ideia de que a vida humana tem um valor intrínseco e inviolável. E, em razão de cada pessoa deter uma concepção distinta sobre o que é e o que confere valor e respeito à vida humana, o ponto de divergência situa-se exatamente na correta interpretação dessa ideia comum.

Nesse sentido, a responsabilidade individual, pelo menos relacionada a questões morais, toma nova forma na esfera política, permitindo que intérpretes e aplicadores do direito vejam sob uma nova luz a argumentação jurídica sobre o que respeita ou insulta o valor

³⁷ Vide o tópico: 3.2.1 Pesquisa em células-tronco embrionárias e a indefinição do conteúdo da dignidade da pessoa humana.

intrínseco da vida humana. Como ressalta Dworkin (2009, p. 150), muitos juristas³⁸ acreditam que o debate sobre o aborto, por exemplo, decorre de uma preocupação derivativa de que a defesa e a proteção dos direitos e os interesses do feto devem ser garantidas pelo Governo. O grande problema, contudo, consiste em saber se o Estado detém o poder coercitivo de impor a todas as pessoas uma concepção supostamente majoritária do que representa o valor intrínseco e sagrado da vida. Pelo entendimento esboçado por Dworkin (2009, p. 209-210), deve-se, ao contrário da interpretação convencional, pretender o objetivo da responsabilidade moral, para que as pessoas decidam o que lhes parece melhor:

[...] qualquer comunidade política tem a preocupação legítima de proteger a santidade ou a inviolabilidade da vida humana, exigindo que seus membros reconheçam o seu valor intrínseco ao tomarem suas decisões individuais.[...] Um estado pode pretender que seus cidadãos tratem as decisões relativas ao aborto como questões de importância moral; que reconheçam que os valores intrínsecos fundamentais estão em jogo nessas decisões e decidam reflexivamente – não por uma conveniência imediata, mas a partir de uma convicção ponderada e amadurecida. Se pretendemos a responsabilidade, no final devemos deixar os cidadãos livres para decidir como lhes parece melhor, pois é isso que implica a responsabilidade moral. (DWORKIN, 2009, p. 210).

Desse modo, o cerne do debate refere-se, como diz Dworkin (2009, p. 215), à questão da coerção: se o Estado tem o poder de decidir o que insulta o valor da vida humana ou, ao contrário, se as pessoas devem ser tratadas com dignidade, conferindo a elas o direito de que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos. Isso significa dizer que Dworkin preza por uma apreciação da dignidade, enquanto valor central da importância intrínseca da vida humana, que argumente em favor da liberdade individual e que incentive cada um a tomar as suas decisões individuais de modo responsável (DWORKIN, 2009, p. 337 e 338).

A adoção dessa postura moralmente responsável, contudo, passa antes pela compreensão da natureza dos conceitos que são interpretados (DWORKIN, 2012, p. 110). É nesse momento, então, que o autor retoma algumas das observações feitas, em especial³⁹ no livro “Justiça de Toga”, sobre o modo com o que as pessoas reagem e utilizam os diversos tipos de conceitos políticos: conceitos criteriosais, para indicar que “as pessoas compartilham alguns conceitos somente quando concordam com a definição [...] que estabelece os critérios

³⁸ O autor se refere ao direito constitucional norte-americano, mas pela similaridade das características apontadas, o mesmo raciocínio também pode ser aplicado ao direito brasileiro.

³⁹ É bem verdade que nos livros “Uma questão de princípio” e “O Império do Direito”, essa confusão conceitual compartilhada por seus críticos já tinha sido objeto de discussão, ainda que indiretamente e com menor sofisticação. Foi com a publicação da obra “Justiça de Toga”, contudo, que Dworkin apresenta um quadro conceitual mais amplo e complexo, indicando com maior força como o não reconhecimento da variedade de tipos e uso desses conceitos dá ensejo a equívocos filosóficos de quando o acordo e o desacordo no Direito são possíveis.

para a aplicação [...]” (DWORKIN, 2010a, p. 15); conceitos naturais, abrangendo os que detêm alguma estrutura física ou biológica natural; e, os já conhecidos, conceitos interpretativos, para designar os que possuem um apelo valorativo, como os de justiça e democracia, de tal modo que a correção do seu uso seria mais uma questão de interpretação, e os possíveis desacordos se relacionariam sobre qual seria a melhor interpretação do conceito (DWORKIN, 2012, p. 128).

Nesse sentido, os conceitos que funcionam como interpretativos, embora sejam partilhados, porque as experiências e as práticas que os constituem assim o são, também são objeto de desacordo sobre os valores que esses conceitos descrevem e como eles devem ser expressos. De certa maneira, os desacordos valorativos existem, segundo o autor, porque as pessoas interpretam de modo diferente as práticas compartilhadas e possuem diferentes concepções sobre os valores que melhor as justificam. Observe-se que, na obra “Justiça para Ouriços”, a divergência tratada por Dworkin cede espaço, como já se evidenciou, para o campo da ética e da moral, de tal modo que os desacordos, ainda que não reais⁴⁰, residem entre os valores que melhor descrevem e aplicam um conceito:

[...] temos de reconhecer que partilhamos alguns dos nossos conceitos, incluindo os conceitos políticos, de maneira diferente: funcionam, para nós, como conceitos *interpretativos*. Partilhamo-los porque partilhamos práticas sociais e experiências em que figuram esses conceitos. [...] Discordamos porque interpretamos de forma ligeiramente diferente as práticas que partilhamos; de certa maneira, temos teorias diferentes sobre que valores justificam melhor aquilo que admitimos como características centrais ou paradigmáticas dessa prática. (DWORKIN, 2012, p.18)

Em oportunidade anterior à publicação desse livro, mas já em referência à obra, Dworkin expôs, em uma palestra oferecida na Universidade de Boston no ano de 2009⁴¹, o que entende por conceitos interpretativos. Pela clareza das palavras utilizadas, transcreve-se a seguir trecho da sua exposição sobre o uso desses conceitos:

⁴⁰ Para sustentar a sua afirmação da unidade de valor, Dworkin nega o conflito valorativo, não só pela possibilidade, por ele defendida, de sujeitar os juízos morais a um equilíbrio reflexivo, mas também pelo reconhecimento de que esse conflito é apenas ilusório e temporário. A cada reinterpretação de um conceito, persegue-se a unidade e uma compreensão mais integrada da responsabilidade moral. Dito de outro modo, a verdade de uma proposição moral decorre das razões interpretativas, retiradas de uma rede de valores – nenhum simplesmente verdadeiro –, que faz como uma concepção seja considerada melhor do que a proposição interpretativa rival.

⁴¹ Antes da publicação do livro “Justiça para Ouriços”, os manuscritos preliminares de Dworkin foram colocados à disposição do público em geral para críticas e contribuições. Sob o patrocínio da *Boston University Law School*, em setembro de 2009, foi organizada uma conferência com cerca de trinta comunicações, para discussão dos escritos do autor. A palestra de abertura oferecida por Dworkin, bem como as comunicações e as respostas apresentadas por ele foram reunidas na edição 90, nº. 02 (abril de 2010) da *Boston University Law Review* sob o título: *Symposium: Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin’s Forthcoming Book*.

We share, however, other concepts - these are among the most important we have - in spite of the fact that we don't share criteria for their application. [...] These concepts function for us as interpretive concepts. We share them because we share practices, experiences, in which these concepts figure. We take the concepts to describe values, but we disagree to some degree, and in some cases to a marked degree, over how that value should be expressed, over what that value is. That explains, for example, why rather strikingly different theories of justice all count as answers to the question of what makes an institution just or unjust. [...] They're disagreements about what description of the underlying values at stake in arguments about justice is best.⁴² (DWORKIN, 2010b, p. 473).

Nota-se, com isso, que, na visão de Dworkin (2012, p. 174), os conceitos morais são interpretativos e pertencem ao domínio do valor. É a metodologia apropriada de compreensão desses conceitos é a interpretação, pois é por meio dessa atividade profundamente holística, diz Dworkin (2012, p. 161), que os valores podem ser articulados, “eliminando-se” a incerteza do argumento moral⁴³. É através da interpretação “conceptual” e, mais propriamente, da responsabilidade moral que cada um deve assumir nesse empreendimento interpretativo que a unidade de valores perseguida pelo ouriço se alcançará.

Assim, por não existir um plano científico ou metafísico neutro que dê uma solução para esses desacordos valorativos, Dworkin afirma que a análise de conceitos interpretativos não pode ser descritiva e desengajada, porquanto a sua estrutura normativa. Cada intérprete detém responsabilidades pessoais críticas de conferir, sensíveis à integridade de valores, a melhor concepção que uma tradição pode oferecer a um conceito. Isso porque o autor considera que todos estão inseridos em uma tradição e, uma vez tratando de conceitos interpretativos, as práticas e as experiências que os compõem também são compartilhadas. Desse modo, os desacordos valorativos que emergem da interpretação desses conceitos não são necessariamente divergências quanto à ocorrência de fatos ou à presença de critérios, mas quanto ao valor e ao significado que são atribuídos a eles.

É nesse contexto que a virtude moral da responsabilidade é evidenciada por Dworkin para designar o comprometimento pessoal de cada um, frente ao horizonte hermenêutico compartilhado, de interpretar cada parte e elemento do valor de forma coordenada e à luz de

⁴² “Nós compartilhamos, contudo, outros conceitos – esses estão entre os mais importantes que temos – apesar de não compartilharmos o mesmo critério de aplicação. Esses conceitos funcionam como conceitos interpretativos. Nós os compartilhamos, porque partilhamos práticas, experiências, nas quais esses conceitos figuram. Nós utilizamos esses conceitos para descrever valores, mas discordamos em certo grau, e em alguns casos, em grau acentuado, sobre como o valor deve ser expresso e o que é o valor. Isso explica, por exemplo, porque as diferentes teorias da justiça contam como respostas para a questão de o que faz uma instituição justa ou injusta. [...] São divergências sobre qual descrição dos valores em causa melhor descreve a justiça.” (Tradução nossa).

⁴³ De acordo com Dworkin (2012, p. 163), não há “terra firme” na interpretação moral. E o holismo ativo dessa atividade representa muito bem isso: ainda quando as conclusões interpretativas parecem inevitáveis e definitivas, ainda assim, “continuamos a ser assombrados pela infabilidade dessa convicção”. Diante de desacordos morais, portanto, as pessoas estão continuamente interpretando sobre os valores que melhor justificam uma prática.

valores ulteriores que o reforcem (DWORKIN, 2012, p. 109). Isso significa dizer que a compreensão de um valor se dá de maneira moralmente responsável, se a pessoa o interpreta de forma coerente e adequada a outros elementos valorativos que a ele estão interligados, isto é, se a interpretação respeita à integridade. Sobre o assunto, inclusive, Dworkin na obra “Domínio da vida” cuidou de traçar algumas características, denominadas por ele como dimensões da integridade:

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] Em segundo lugar, [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (DWORKIN, 2009, p. 204).

Por isso, o autor (2012, p. 109) afirma que a integridade é o ponto chave da responsabilidade, assim como “a epistemologia de uma moralidade responsável é interpretativa.” Nesses termos e, ainda, fazendo uso das palavras de Dworkin:

Apesar de não podermos esperar o acordo dos nossos concidadãos, podemos, porém, pedir-lhes responsabilidade. Portanto, tempos de desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para podermos dizer às pessoas: “Não concordo consigo, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço a sua responsabilidade moral.” Ou: “Concordo consigo, mas não foi responsável ao formar a sua opinião. Foi por acaso ou acreditou naquilo que ouviu num canal de televisão pouco neutral. (DWORKIN, 2012, p. 24).

Até esse ponto, verifica-se como a argumentação de Dworkin na sua obra mais recente se assemelha, apenas com maior sofisticação e sob um enfoque valorativo, à estrutura que tem marcado a sua teoria do direito, pelo menos no campo da interpretação: analisar, diante de um desacordo (nesse caso valorativo), as diferentes concepções de uma prática e oferecer, a partir de uma postura interpretativa e moralmente responsável com a coerência dos valores, a que melhor a justifique e a descreva.

Por tudo que foi dito nessa seção, pouco se viu sobre a dignidade. Esse conceito moral será objeto de observação na seção seguinte, ocasião em que se evidenciará a sua função de guia interpretativo de conceitos morais; e como a virtude da responsabilidade, ora associada ao critério da integridade e, portanto, à estratégia de sistematização de valores, resulta da combinação dos princípios tidos por Dworkin como fundantes da dignidade. Ressalte-se, por

oportuno, que a aplicação jurídica do conceito de dignidade será mais bem explorada no capítulo seguinte, quando se evidenciará, de forma crítica e fundamentada na base teórica de Dworkin, o tratamento jurisprudencial sobre o tema.

2.3.2 Dignidade: princípios éticos fundantes

Dworkin sugere, em “Justiça para Ouriços”, uma teoria geral baseada no valor, na qual amplia o sentido de integridade e a vincula à ideia de responsabilidade moral. Dentre outros elementos, que fogem da proposta desta pesquisa, essa teoria estabelece que as pessoas partilham alguns conceitos morais de um modo especial. Trata-se dos designados conceitos interpretativos, sobre os quais não se pode exigir um acordo valorativo pleno, mas tão somente a responsabilidade moral de interpretá-los de forma coerente e integrada a outros valores, exprimindo-os sob a sua melhor luz.

Desta feita, Dworkin transita do âmbito da moral, enquanto estudo de como tratar as pessoas; em direção ao campo da ética, que se relaciona ao estudo de como viver bem, para apresentar uma concepção do viver bem que o guie no seu projeto interpretativo de conceitos morais. É nesse contexto, inclusive, que o autor (2012, p. 212) se refere à dignidade como “uma ideia organizativa”, que o ajuda no seu empreendimento interpretativo de unidade de valores éticos, morais e políticos.

A dignidade é, então, compreendida por Dworkin a partir de dois princípios éticos fundamentais: o do respeito próprio e o da autenticidade, que o próprio autor (2012, p. 25) diz tratar de análogos éticos dos dois princípios fundamentais que legitimam um governo político: a exigência de igual preocupação com os seus governados; e o de respeito ao direito individual, ou em outras palavras, o de respeito à responsabilidade pessoal de decidir por si próprio de como tornar a sua vida algo valioso.

O princípio do respeito próprio, diz o autor (2012, p. 212-213), exige que cada pessoa reconheça a importância de viver bem a sua própria vida, simplesmente porque é sua responsabilidade levar a sua vida sério, conferindo a ela o devido valor. O princípio da autenticidade, por sua vez, atribui às pessoas o dever de viverem segundo os valores que consideram adequados, impondo que cada um assuma a responsabilidade pelas suas decisões (DWORKIN, 2012, p. 428).

Diante disso, as teorias da unidade de valor e de como viver bem apresentadas por Dworkin decorrem necessariamente da sistematização, a partir da concepção de dignidade,

das ideias centrais de interpretação, como metodologia adequada para a análise de conceitos valorativos; de integridade, que preconiza a conciliação dos valores a partir de um horizonte hermenêutico compartilhado; e de responsabilidade moral, relacionada ao comprometimento pessoal de dar unidade e coerência aos julgamentos morais.

2.4 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS: A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA DE DWORKIN PARA A SOLUÇÃO INTERPRETATIVA DE CASOS JUDICIAIS CONTROVERSOS

Como se viu, a tarefa de conciliação dos valores assumida por Dworkin alçou a dignidade e os seus princípios fundantes à condição de guias interpretativos de conceitos morais e, por consequência, a elementos constitutivos da responsabilidade moral. Isso significa dizer, como assinala Dworkin (2012, p. 17), quando transporta essa estratégia de conciliação ao campo jurídico, que o Direito é um ramo da moralidade e também parte de uma teoria geral sobre viver bem, de tal sorte que os seus aplicadores e intérpretes devem se apoiar na integridade de valores e na noção de responsabilidade para a solução de questões morais complexas.

Assim, debates tormentosos sobre aborto, pesquisa em células-tronco embrionárias e todos os demais casos de alta controvérsia moral e que, de alguma forma, envolvem a aplicação de conceitos interpretativos – como os que serão objeto de análise no capítulo seguinte –, devem ser guiados pela dignidade humana, na concepção defendida por Dworkin (2012, p. 212): de conceito interpretativo, fundado em dois princípios éticos centrais, o do respeito próprio e o da autenticidade. Do mesmo modo, conflitos relacionados ao modo de interpretar o princípio da dignidade humana devem ser tratados como divergências teóricas e, por isso, solucionados por uma interpretação responsável que integre os valores envolvidos e justifique a prática questionada a partir da concepção que a melhor descreve.

Ora, como tratado no decorrer deste capítulo, vários conceitos políticos, inclusive o de Direito, funcionam, no dizer de Dworkin, como interpretativos. Assim, demanda-se de quem os utiliza, sobretudo por ocasião de julgamento de casos controversos, o estudo interpretativo da prática jurídica em diferentes níveis de abstração: em um primeiro nível, previamente se estabelece um consenso sobre as suas proposições mais genéricas, admitindo-se uma identificação pré-interpretativa do domínio do direito (conceito); e, no segundo, manifesta-se a controvérsia latente em antagônicas interpretações acerca da forma de compreender essa

prática (concepções). Trata-se do que o autor compreende sobre conceito e concepção, cuja distinção não se relaciona a problemas de significado ou de critérios linguísticos, mas no reconhecimento de diferenças teóricas sobre o melhor modo de interpretar o conteúdo do direito.

Disto isto, evidencia-se que expor, nos moldes definidos por Dworkin, a estrutura dessa distinção, a natureza interpretativa dos conceitos envolvidos, como também o modo de solucionar as divergências naturalmente decorrentes não só promove o aperfeiçoamento do discurso argumentativo, como também melhora a compreensão de uma comunidade jurídica acerca do ambiente intelectual no qual ela está inserida.

Assim, a partir dessa atitude interpretativa responsável e, portanto, comprometida com a integridade de valores, acredita-se que “se abre uma luz no fim do túnel” para o problema que se tem cotidianamente enfrentado no mundo jurídico: de abusos e más utilizações por advogados e juízes do conceito da dignidade humana. Embora essa estratégia não possa ser tida como uma solução imediata, na medida em que se subordina à aceitação e à aplicação pela comunidade jurídica em geral, a teoria desenvolvida por Dworkin sobre o papel da dignidade humana na conciliação de valores já representa uma grande contribuição para o tratamento de conceitos morais. Com isso, os operadores do direito já têm os elementos necessários para refletir sobre a compreensão abrangente que se tem conferido à dignidade e as implicações dessa postura “irresponsável” para os rumos da decisão judicial e, principalmente, para a própria normatividade do princípio.

Apesar dessa contribuição teórica, o que se tem visto no cenário jurídico brasileiro é um tratamento desorientado e sem qualquer prudência do princípio. Na jurisprudência nacional, como se verá a seguir, a aplicação da dignidade da pessoa humana é desatrelada de qualquer exigência de integridade e coerência moral. É possível, inclusive, dizer que o princípio é uma indefinição no sistema jurídico, sendo evocada a todo instante como a solução para qualquer tipo de problema. Nesse contexto, observa-se a banalização do conceito de dignidade e do seu conteúdo, o enfraquecimento da sua força normativa e, por derradeiro, a fragilização das decisões judiciais que nele se fundamentam.

Diante disso, o capítulo seguinte reserva-se, orientado pela já analisada teoria do direito como integridade de Dworkin, à apreciação crítica do tratamento conferido ao conceito de dignidade da pessoa humana pela jurisprudência nacional e, sobretudo, pelo órgão de maior hierarquia do judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF). Com isso, tem-se o propósito de verificar, em primeira análise, o panorama de aplicação jurídica do conceito, para em seguida examinar criticamente se as bases teóricas de Dworkin aventadas neste

estudo são aplicadas pela mais alta corte nacional, sobretudo as que decorrem da sua preconizada integridade no direito, e o resultado disso para a fundamentação das decisões judiciais e para a normatividade do princípio.

CAPÍTULO III – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DO CONCEITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em tempos de pós-positivismo, em que os princípios ascendem como porta de entrada de valores no direito positivo, o problema metodológico que movimenta a teoria contemporânea do direito pode ser traduzido como a tríplice questão de como se interpreta, como se aplica e se é possível garantir uma resposta correta diante da indeterminabilidade do direito. Assim, todas as atenções da metodologia jurídica voltam-se para a atividade jurisdicional, notadamente para a fundamentação das decisões judiciais.

Como já tratado, os princípios, diversamente das regras, compreendem um padrão normativo que, apesar do seu perfil deontológico (tendo, por isso, pretensão de eficácia), não propõe, de imediato, as condutas e, às vezes, nem mesmo os efeitos pretendidos. Diante disso, o juiz, com vistas à defesa objetiva e controlável de direitos, deveria, nos termos propostos por Dworkin, observar as imposições de coerência e da integridade moral no âmbito de sua atuação.

De um modo geral, entretanto, as decisões judiciais, não raro, têm desconsiderado a moral coletiva e o contexto histórico em que o debate está situado, desprezando a atividade interpretativa que deveria ser inserida nesse contexto.

Com efeito, verifica-se, tal como enunciado por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 193-195), que o uso de princípios, como o caso paradigmático da dignidade da pessoa humana, tem sido inflado pelos discursos forenses. E, por mais que se tente ingenuamente justificar com base na situação social (de indignidade) do país, em que parte da população vive abaixo da linha de pobreza, essa banalização no uso do princípio da dignidade – como “guarda-chuva” sob o qual todos os direitos devem ser protegidos – não é um fenômeno social, mas exclusivamente relacionado à qualidade e ao modo de estruturação do discurso jurídico (SILVA, 2010, p. 193-194).

Nesses termos, é salutar transcrever como o autor visualiza a problemática e as suas consequências para a solidez do argumento jurídico e, por consequência, para o (des)prestígio do princípio da dignidade humana nessa seara:

[...] se talvez não seja um grande problema o recurso constante à garantia da dignidade por parte dos litigantes que têm o dever de defender, com o máximo de argumentos, os seus pontos de vistas, o mesmo não se aplica para os juízes e para a doutrina. Isso porque, com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um

argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização do seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana. (SILVA, 2010, p. 195)

Nesse sentido, o presente capítulo visa apresentar, com as devidas argumentações críticas pautadas nas lições de Dworkin, a estruturação do princípio da dignidade da pessoa humana pela jurisprudência brasileira, inicialmente entre os Tribunais Superiores, para, em seguida, propor uma análise crítica à aplicação prática do conceito pelo órgão de maior hierarquia do judiciário nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF). Desta feita, tem-se a pretensão de demonstrar, em casos envolvendo a dignidade da pessoa humana, um breve panorama do tratamento conferido pela jurisprudência nacional e, sobretudo, como a Corte Suprema utiliza o princípio na fundamentação de suas decisões, evidenciando se há ou não adesão dos ministros desse Tribunal à virtude da integridade, nos termos propostos por Dworkin.

3.1 PANORAMA DO TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana é amplamente citado pela jurisprudência brasileira, para os mais diversos propósitos. Apenas para ilustrar essa realidade, em uma pesquisa estritamente quantitativa e limitada ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, com os termos de busca “dignidade”, “pessoa” e “humana”, foram localizados 249 acórdãos, 2259 decisões monocráticas e 157 informativos que mencionam as expressões. Utilizando, porém, as expressões “dignidade” e “humana”, os resultados elevam-se para 272 acórdãos, 2443 decisões monocráticas e 185 informativos. E, por fim, tendo como expressão de busca apenas a palavra “dignidade”, os resultados são ainda mais surpreendentes: 380 acórdãos, 3323 decisões monocráticas e 260 informativos que fazem alguma referência ao termo.

Por outro lado, considerando uma pesquisa um pouco mais profunda e de cunho substantivo à fundamentação das decisões judiciais prolatadas por Tribunais Superiores Brasileiros, verifica-se que poucos são os esforços dos magistrados para justificar, sobretudo interpretativamente, a compreensão de dignidade humana que utilizaram para fundar seus posicionamentos. Embora a importância conferida ao princípio seja evidente entre os juristas

⁴⁴ Consulta realizada em dezembro de 2014.

em geral, a expressão tem sido tomada como fundamento, ainda que não único e central, para diferentes contextos e linhas argumentativas. É como se os magistrados e demais aplicadores do direito utilizassem a expressão, ainda sob uma visão positivista e apesar das incoerências na sua aplicação, a partir dos mesmos critérios e de um ilusório consenso prévio sobre o conteúdo e a autossuficiência do princípio. Assim, ao revés de reconhecer a natureza teórica da divergência, tal como suscitada por Dworkin, os juristas agem como se os desacordos se referissem à aplicação dos critérios de identificação do conceito de dignidade, e não a eles (critérios) próprios, isto é, ao que deve ser considerado como o melhor fundamento desse conceito.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, múltiplas são as referências ao princípio. Há remissão à dignidade em quase todas as áreas: interrupção do fornecimento de energia elétrica⁴⁵, direito à moradia⁴⁶, direito à saúde e mínimo existencial⁴⁷, uso de algemas⁴⁸, dívida de alimentos⁴⁹, investigação de paternidade⁵⁰, dentre muitas outras decisões. A dignidade também é amplamente mencionada no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como limite, por exemplo, à liberdade de expressão em propagandas eleitorais⁵¹; e no Tribunal Superior do Trabalho (TST), no qual há precedentes sobre responsabilidade subsidiária do tomador de serviços⁵², dispensa discriminatória⁵³, dano moral pela prática de atos racistas⁵⁴, entre outros.

Sobre o tratamento jurisprudencial à dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (2013a, p. 115) é enfático em reconhecer que, no Brasil, a regra tem sido a invocação do princípio como “mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como

⁴⁵ BRASIL, AgRg no Resp 1256674/AM. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 16/09/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe 10/10/2014.

⁴⁶ BRASIL, Resp 950663/SC. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 10/04/2012. Órgão Julgador: Quarta Turma. DJe 23/04/2012.

⁴⁷ BRASIL, Resp 1068731/RS. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 17/02/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJe 08/03/2012.

⁴⁸ BRASIL, RHC 35073/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 06/06/2013. Órgão Julgador: Sexta Turma. DJe 21/06/2013.

⁴⁹ BRASIL, REsp 1427836/SP. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 24/04/2014. Órgão Julgador: Quarta Turma. DJe 29/04/2014.

⁵⁰ BRASIL, REsp 1328306/DF. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 14/05/2013. Órgão Julgador: Terceira Turma. DJe 20/05/2013.

⁵¹ BRASIL, AgR-AI 4224/PR. Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro José de Castro Meira. Julgamento: 17/09/2013. DJe 14/10/2013.

⁵² BRASIL, RR 95840-90.2005.5.06.0221. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. Julgamento: 28/04/2010. DEJT 07/05/2010.

⁵³ BRASIL, RR 1428300-35.2004.5.09.0013. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Julgamento: 28/04/2010. DEJT 14/05/2010.

⁵⁴ BRASIL, RR 4000-84.2008.5.04.0015. Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Waldir Oliveira Costa. Julgamento: 17/09/2014. DEJT 19/09/2014.

ornamento retórico.”. De acordo com ele, a dignidade é citada apenas para reforçar regras específicas com maior densidade jurídica que se encontram dispersas na Constituição Brasileira, caracterizada por seu alto grau de abrangência e detalhamento. Nesse contexto, o âmbito de incidência do princípio se dá, segundo Barroso (2013a, p.115-116), em casos de: *ambiguidade de linguagem*, como parâmetro de decisão pela escolha que melhor realize a dignidade; *lacuna normativa*, com função integrativa do ordenamento; *colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais*; e *desacordo moral razoável*, como elemento para a construção de uma linha argumentativa justa.

Por esta senda, é relevante e apropriada a abordagem de Marcelo Neves, em sua obra “A constitucionalização simbólica” (2013), sobre a relação inversa do significado social e político dos textos constitucionais com a sua concretização normativo-jurídica, isto é, a “função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.” (NEVES, 2013, p. 01). Isso porque é possível observar, dos casos judiciais em que a dignidade é citada, que o recurso ao princípio tem se baseado na sua previsão constitucional e na sua relação com a concretização de direitos fundamentais. Essa chamada constitucionalização da dignidade, consensualmente reconhecida, não foi acompanhada, entretanto, de uma previsibilidade e clareza quanto ao seu conteúdo. Pelo contrário, a sua aplicação pelos Tribunais é amplamente baseada em uma justificação multifacetada, ambígua e hierárquica, fragilizando o conceito e a sua unidade.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser concebido, nos termos estabelecidos por Neves (2013, p. 39), como norma simbólica, na forma de uma “legislação-álibi”, dando a impressão de que o Estado efetivamente responde normativamente aos problemas da sociedade, em especial aos relacionados à garantia de uma “vida digna”. É como se a dignidade humana funcionasse como solução para todas as mazelas nacionais reclamadas em juízo.

Essa função simbólica da legislação-álibi, contudo, nem sempre obtém êxito no seu intento, como bem ressalva Neves (2013, p. 40): “‘Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará’. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico [...]”. Esse é justamente um dos riscos que a jurisprudência tem submetido o princípio da dignidade humana, trivializando a sua aplicação, por uma má compreensão da natureza interpretativa do conceito.

Diante disso, cita-se trecho do posicionamento de João Baptista Villela (2009, 563), quem admite que o sentido de dignidade tornou-se frouxa ao limite da total ineficácia, em razão da desmesurada aplicação e, paradoxalmente, também por situações de injustificado

encurtamento. Esses são os termos com os quais Villela, então, descreve a banalização do princípio:

Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir de tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de *dignidade da pessoa humana*. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria *dignidade da pessoa humana* que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente: A *dignidade da pessoa humana* não pode esperar. [...] (VILLELA, 2009, p. 562).

Estaria o autor exagerando na sua descrição? Como se verá, a sua abordagem está em perfeita sintonia com o modo pelo qual a jurisprudência pátria, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem se referido ao princípio da dignidade da pessoa humana. As decisões, sem qualquer preocupação com a natureza interpretativa do conceito e com a virtude da integridade, que segundo Dworkin, deve guiar a atuação jurídica, têm se valido do princípio para fins e fundamentações diversas, sem que essas concepções tenham sido verdadeiramente acompanhadas de justificações interpretativas sobre o valor da dignidade e sobre o melhor exemplo desse valor no caso concreto.

Evidencia-se, com isso, que, embora a divergência, no direito brasileiro, quanto aos fundamentos do conceito de dignidade seja genuína entre os magistrados, visto que eles discordam quanto a melhor forma de compreender o princípio, esses agentes desprezam a dimensão interpretativa do conceito. Como se verá, a fundamentação das decisões judiciais do STF, em geral, não se preordena à busca da melhor concepção de dignidade, isto é, a que melhor a interpreta enquanto um conceito normativo, que deve manter certa adequação ao conjunto de princípios do contexto a que se refere. Os magistrados têm se limitado apenas a emprestar um significado pessoal à dignidade, sem a demonstração de qualquer reconstrução interpretativa do conceito, utilizando-a, assim, como um pseudoargumento ou discurso retórico.

Essa problemática também foi referenciada por Ingo Sarlet, expoente no estudo do princípio, na sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988” (2012). Desde a introdução à conclusão do livro, o autor, amplamente reconhece a controvérsia que envolve a discussão, em nível jurisprudencial, sobre a dificuldade e até mesmo a impossibilidade, de consensualmente compreender o conteúdo da noção de dignidade. Ao longo da obra, o autor, aliás, refuta, assim como

Dworkin o faz, a proposta de atribuir uma visão reducionista e fixista ao conceito de dignidade, visto a sua natureza interpretativa.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da obra, que exemplarmente descreve o problema – um dos pressupostos sobre o qual se assentou esta pesquisa – que se depara o ordenamento jurídico brasileiro quando o assunto é a fundamentação de decisões judiciais, com base na noção de dignidade:

[...] o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões dos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente da dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada [...] é considerada ofensiva (ou não) à dignidade, o que [...] acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativo do princípio do que para sua maior eficácia e efetividade. (SARLET, 2012, p. 95-96).

Isso demonstra, tal como ressaltado por João Costa Neto (2014, p. 116), que a dignidade tornou-se um pretexto⁵⁵ a encobrir, em uma mesma decisão judicial, infinitos motivos ocultos, marcando a facilidade com o que o princípio é invocado, sem qualquer responsabilidade moral ou preocupação com a integridade no direito, para se ver solucionadas as mais variadas questões jurídicas.

Assim, ao lado da proliferação de julgamentos que referenciam a dignidade da pessoa humana em situações as mais variadas possíveis, as distintas concepções sobre o conceito acabam por banalizar a aplicação do princípio e por fragilizar a sua normatividade, na medida em que seus intérpretes desprezam que a aplicação do princípio exige uma “atitude interpretativa”⁵⁶ associada a avaliações valorativas. É certo, como bem observa Stephen Guest (2010, p. 28), que a ideia de interpretação de Dworkin funda-se no fato de que alguns conceitos, por sua natureza, não são plenamente compreendidos, senão de maneira interpretativa. Trata-se dos designados conceitos interpretativos, como o de dignidade, que precisam ser investidos de algum significado e propósito, sem os quais restam prejudicados o

⁵⁵ Fazendo um comparativo, remete-se às palavras de Laurence Tribe (em referência à Constituição americana), de acordo com o qual o conceito acaba sendo reduzido a um espelho no qual todos veem o que desejam ver (*Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?*). Ver a obra: TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*, Cambridge. Massachusetts; Harvard University Press, 1991.

⁵⁶ No sentido atribuído por Dworkin (2007, p. 56-57): de atribuir um propósito a uma prática, assumindo que ela tem um valor e serve a algum interesse e finalidade.

seu entendimento e, por consequência, a própria consistência do argumento em favor do conceito.

Registre-se, por oportuno, que Dworkin não propõe, é claro, que os juristas tenham em mente sempre um bom argumento em torno da dignidade humana. Em verdade, ele pressupõe, como já se evidenciou, que os operadores do direito tenham a responsabilidade de articular, de forma coerente, o sentido que emprestam aos argumentos envolvidos, observando o que melhor atende as dimensões de ajuste e de valor. Nesse sentido, desacordos jurídicos sobre o sentido da dignidade humana não deve se referir ao significado que cada magistrado pessoalmente quer emprestar ao princípio, mas antes o que o conceito representa dentro do contexto valorativo em que se trava a “discussão” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 208).

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS JULGAMENTOS DO STF: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Diante do panorama ilustrado na seção anterior, nota-se que qualquer Tribunal Superior Brasileiro possui decisões, nas quais o princípio da dignidade humana foi de algum modo referido na fundamentação judicial. Apesar dessa diversidade de decisões que poderiam ser utilizadas como objeto da crítica a ser feita sobre o uso descontínuo e inconsistente da dignidade da pessoa humana, optou-se em tomar como exemplos decisões paradigmáticas prolatadas pela mais alta Corte Brasileira sobre o descaso e o uso impróprio da dignidade na fundamentação judicial.

A escolha por decisões do STF justifica-se pela natureza constitucional dos temas levados à apreciação desse Tribunal, por ser ele a última instância decisória no sistema jurídico brasileiro e, sobretudo, pela amplitude da repercussão social e jurídica das decisões que envolveram a aplicação da dignidade humana.

Pela relevância do tema discutido e, ainda, por serem nítidos retratos das críticas aqui tratadas, foram selecionadas cinco decisões do STF que tomam a dignidade da pessoa humana como parte da fundamentação judicial. É certo que a dignidade é conceito recorrente – ou como fundamento central ou como reforço argumentativo – em inúmeras decisões desse Tribunal. A seleção das decisões a seguir analisadas, entretanto, justifica-se: pela proximidade com que foram prolatadas, na medida em que se utilizou como período máximo de tempo os últimos dez anos; pela multiplicidade de referências, pela doutrina e, inclusive, por outras

decisões do Supremo, a esses julgados; e, sobretudo, por esses julgados representarem, pelos fundamentos utilizados e pelo modo de construção dos votos prolatados, clássicos exemplos da abordagem da Suprema Corte Brasileira sobre o conceito de dignidade humana.

Tem-se, assim, o propósito de promover, à luz de conceitos e da teoria do direito de Dworkin, uma análise crítica: à imposição de critérios métricos ao conceito, reduzindo sua eficácia à noção de mínimo existencial; ao modo como a dignidade humana fundamenta decisões conflitantes em um mesmo caso concreto; de como o conteúdo da dignidade é pouquíssimo ou nunca é explorado e explicitado pelos magistrados; e, ainda, à forma como se extraem diferentes concepções sobre o conceito.

Vale ressaltar que não se tem o objetivo de evidenciar todas as questões relacionadas ao tratamento conferido pelo STF ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esse propósito foge dos limites e do objeto desta pesquisa. A análise da fundamentação de decisões prolatadas pelo STF aqui proposta visa apenas descrever analiticamente, com apoio em uma amostra de decisões, a realidade jurisprudencial brasileira no tratamento da dignidade, para justificar como a teoria do Direito como integridade de Dworkin, exposta com maiores detalhes no capítulo anterior, pode contribuir, se reconhecida e aplicada por magistrados, para a coerência e a unidade da interpretação judicial do princípio.

3.2.1 A eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana reduzida à noção do mínimo existencial

Inicia-se a estruturação do raciocínio jurídico do princípio da dignidade humana, a partir da conexão feita, em pelo menos dois julgados do STF, entre a dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial.

As duas decisões, cujos trechos estão transcritos a seguir, tratam da ampliação preordenada pelo STF das hipóteses legitimadoras de intervenção jurisdicional no campo da implementação de políticas públicas. Pelos propósitos desta pesquisa, não serão aqui expostos, tampouco discutidos, é claro, o mérito e a plausibilidade das teses veiculadas. Tem-se apenas o objetivo de demonstrar como a Corte Suprema tem, em detrimento de uma aplicação voltada para a coerência e a integridade normativa, associado a dignidade humana ao mínimo existencial, servindo esta noção como critério material para a solução de demandas judiciais, quase sempre relacionadas à omissão do Estado em garantir a realização de direitos fundamentais.

A primeira decisão refere-se ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 639.337/SP, em que, por unanimidade, negou-se provimento ao recurso de agravo, mantendo-se, com isso, a sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidade de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço do responsável. Transcreve-se abaixo trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello, no qual expressa a sua concepção de dignidade e o entrelaçamento do princípio à noção de mínimo existencial:

[...] Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, **o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas” em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.** [...] Não constitui demasia acentuar, por oportuno, **que o princípio da dignidade da pessoa humana representa - considerada a centralidade desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina [...]. A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.** (Grifou-se)
(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 639337 AgR/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento: 23/08/2011. Publicação: DJ 16/09/2011. Arquivo PDF. p. 31-32).

Por esta mesma senda, destaca-se também trecho da decisão proferida, como relatora, pela Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Agravo de Instrumento nº. 583.136/SC, que tratou da obrigatoriedade do Estado de prestar atendimento social a jovens:

Ao contrário do que decidido pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes – no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhe foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio

daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento.

[...]

9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que as coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem os quais a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pendente discussão, sendo o seu cumprimento incontornável. **10. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade,** à liberdade e à segurança. Inviável, portanto, a manutenção da decisão agravada por divergir da jurisprudência firmada por este Supremo Tribunal Federal na matéria. **11. Pelo exposto, dou provimento a este agravo, na forma art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, e, desde logo, ao recurso extraordinário, nos termos do art. 557, § 1º-A, do mesmo diploma legal. Invertidos, nesse ponto, os ônus da sucumbência.** (Grifou-se)

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 583136/SC. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 11/11/2008. Publicação: DJ 24/11/2008. Arquivo PDF).

Nota-se que, em ambas as decisões, o posicionamento dos Ministros orientou-se para a limitação da dignidade humana à noção não positivada do mínimo existencial, como forma de legitimar eventual intervenção do Judiciário nas hipóteses de omissão ou promoção estatal insuficiente de direitos. Desta feita, o mínimo existencial, como proposta de garantia mínima de uma existência com dignidade, tem sido utilizado pela jurisprudência do STF como elemento de defesa contra a inércia do Poder Público e, por conseguinte, com o propósito subalterno de estabelecer parâmetros, ainda que divergentes, à proteção da dignidade da pessoa humana, tornando os direitos fundamentais aplicáveis nos limites considerados insertos nessa noção de mínimo.

Ocorre que, a pretexto de maximizar os efeitos jurídicos do princípio da dignidade humana, os Ministros acabam reduzindo a sua eficácia normativa a um conjunto de prestações materiais que eles subjetivamente supõem constituir, sem qualquer justificativa substancial, o conteúdo judicialmente exigível para uma vida digna. O Poder Judiciário transforma-se, assim, em mero realizador de prestações materiais mínimas, que além de variáveis e flexíveis ao que se discute em juízo, são consideradas como elementos indispensáveis e sem as quais o efeito pretendido pelo princípio da dignidade restaria supostamente esvaziado.

Nota-se, assim, que, embora não haja consenso sobre o que compreende as condições mínimas para uma vida digna, os julgadores supõem certo acordo prévio, dispensando, com isso, qualquer tipo de preocupação em interpretar o conceito de dignidade. Ao contrário do

que preconiza Dworkin (2007, p. 56-108), portanto, os Ministros, ao reduzirem o campo normativo da dignidade à noção de mínimo existencial, agem em prejuízo de uma interpretação construtiva do conceito que exponha o máximo do seu valor.

Isso demonstra que a harmonia de propósitos quanto à intangibilidade do mínimo existencial e da sua indissociável relação com a dignidade humana, que muitos julgados parecem expor como premissa básica e infalível, afigura-se aparente, uma vez que os Ministros quando tratam da dignidade e da noção de mínimo, nem sempre utilizam do mesmo referencial. Os termos são usados para os mais diversos fins e contextos⁵⁷, sem que sequer haja um indicativo da concepção de dignidade utilizada para fundamentar a decisão.

Assim, a partir do momento em que o mínimo existencial é utilizado como pressuposto e argumento último para a realização da dignidade humana, o conceito passa a subordinar-se ao entendimento do julgador, cabendo a ele decidir, nas mais diversas áreas de conflito se e como a dignidade deverá ser preservada. É como se os Ministros acreditassem que eles compartilham o mesmo critério pra decidir sobre uma existência digna, embora desconheçam que critérios são esses ou mesmo em que sentido eles devem ser empregados.

Como poucas controvérsias jurídicas, em especial as que envolvem a aplicação do princípio da dignidade humana, contudo, giram em torno desse tipo de análise, em que os critérios são pressupostos e supostamente determinados por simples consenso, os Ministros acabam por incorrer no que Dworkin (2007, p. 55) denominou de “agulhão semântico”. Esses juristas, pelo menos nas decisões por ora expostas, possuem, assim, uma imagem distorcida de quando a divergência no direito é genuína e possível, visto que desprezam a natureza interpretativa do conceito.

Isso porque, em casos envolvendo a aplicação da dignidade humana, a divergência é teórica, isto é, refere-se ao conteúdo desse conceito jurídico, e não empírica, como a defesa positiva do Direito pretende. Apesar de não reconhecerem abertamente, verifica-se, segundo as lições de Dworkin (2007, p. 86), que os juízes, em regra, concordam com as proposições

⁵⁷ Há menção à noção de mínimo existencial e de dignidade da pessoa humana em diversas decisões do STF, tratando das mais variadas questões, a exemplo do: a) *Direito à saúde*: BRASIL, ARE 727864/PR. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 09/09/2014. DJe 16/09/2014; BRASIL, ARE 759036. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgamento: 09/12/2014. DJe 02/02/2015; b) *Direito de deficientes auditivos*: BRASIL, ARE 860979/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 04/02/2015. DJe 10/02/2015; c) *Matrícula de crianças em centros de educação infantil*: BRASIL, ARE 698258/SP. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 08/09/2014. DJe 11/09/2014; d) *Reforma de escola*: BRASIL, RE 639540/SP. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 07/08/2014. DJe 12/08/2014; e) *Fornecimento de medicamento*: BRASIL, RE 780683/PE. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 01/08/2014 DJe 07/08/2014; f) *Empréstimo pessoal a servidor público*: BRASIL, RE 818694/DF. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 02/07/2014. DJe 07/08/2014.

mais genéricas sobre a dignidade (sobre a sua relevância constitucional para a realização de direitos e para a interpretação de outros princípios, por exemplo), mas discordam quanto aos refinamentos mais concretos desse conceito, ou seja, sobre a concepção interpretativa que melhor o representa e valoriza.

Desta feita, a resposta quanto à possibilidade do controle judicial de políticas públicas a partir do entrelaçamento do mínimo existencial ao princípio da dignidade da pessoa humana deveria passar, segundo o empreendimento interpretativo de Dworkin, pela compreensão de qual é a melhor justificativa desses conceitos, segundo as exigências de moralidade da comunidade a que a decisão se refere. Isso significa dizer que o argumento interpretativo dos julgadores poderia ser assim esboçado: pela compreensão inicial dos valores e princípios que qualificam os conceitos na sociedade; em seguida, pelo reconhecimento do tipo de conceitos que está em jogo, que, no caso, é do tipo interpretativo; ao final, caberia analisar interpretativamente qual concepção das possivelmente aventadas entre os julgadores apresenta o melhor exemplo dos conceitos. Esse complexo movimento argumentativo, contudo, não foi observado nas decisões expostas.

Com efeito, verifica-se que o entendimento compartilhado por Ministros do STF quanto à fixação de critérios métricos e subjetivamente flexíveis ao princípio da dignidade da pessoa humana diverge frontalmente da premissa dworkiniana do direito como prática argumentativa, cuja normatividade de regras e princípios decorre da própria atividade interpretativa. Isso porque, para Dworkin (2005, p. 219), as proposições jurídicas não são inteiramente descritivas, nem simplesmente valorativas, mas “interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas.” Assim, o juiz, como um parceiro de um complexo empreendimento político que é o Direito, não só tem a responsabilidade de construtivamente interpretar decisões anteriores, como também precisa decidir, de forma coerente, qual a melhor leitura do princípio da dignidade humana naquele caso concreto.

Nesse sentido, a interpretação jurídica representa, para Dworkin, a adoção de uma atitude interpretativa que exige do julgador o engajamento necessário para cumprir a tarefa de construtivamente encontrar, descrever e atribuir um propósito à prática. Não se trata, diz Macedo Junior (2013, p. 216), da escolha arbitrária e subjetiva de uma intencionalidade – a exemplo do que os Ministros do STF têm feito com a dignidade humana e o mínimo existencial –, mas de interpretar o conceito, a fim de conferir-lhe o máximo de valor, identificando, no caso concreto, a concepção que o mostra com maior nitidez. Em outras palavras, trata-se de reconhecer dois pressupostos básicos à complexa atividade interpretativa:

que o conceito de dignidade detém um valor, servindo a algum interesse e finalidade; e que a dignidade não se aplica no contexto jurídico de modo mecânico, pelo contrário, as exigências que compõem o conceito estão em permanente reestruturação.

3.2.2 A colisão entre princípios, o artifício da ponderação e o prejuízo à integridade no Direito

A ADPF n°. 130/DF⁵⁸ representa decisão de relevo sobre a divergência de votos quanto à aplicação da dignidade da pessoa humana, sobretudo quando decorrente da ponderação de princípios. No caso em exame, é possível observar que, de acordo com os valores que um e outro Ministro subjetivamente elegeram como prevalecente, cada voto apresentou, ainda que implicitamente, extensão e relevância distinta à dignidade humana.

Nessa ocasião, discutiu-se o conflito entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, prevalecendo o entendimento perfilhado pelo voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a liberdade de expressão não se sujeita à ponderação, estando a salvo, por previsão constitucional, de qualquer restrição no seu exercício.

Em resumo, a ADPF n°. 130/DF foi proposta contra a Lei federal n°. 5.250/1967, conhecida como a “Lei de Imprensa”, a fim de que fosse declarada a não recepção de alguns dispositivos desse diploma legal pela Constituição de 1988. Ao final, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, restando vencidos, integralmente, o Ministro Marco Aurélio, e, em parte, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Vale registrar que o voto do Ministro Relator, baseado na defesa da plenitude da liberdade de imprensa e de pensamento, apesar de preordenar a procedência da ação, não teve a sua fundamentação compartilhada pelos demais Ministros. Pelo contrário, os votos, embora tenham alcançado o mesmo resultado da procedência, diferiram quanto às razões de decidir, pois negaram o caráter absoluto da liberdade de expressão e admitiram ora a possibilidade de ponderação ora a de conciliação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se evidenciou, o voto do Ministro Relator Carlos Britto, dentre outros pontos, ressaltou o regime da plena liberdade de expressão, negando a possibilidade de ponderação e

⁵⁸ STF. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 05/11/2009.

restrição ao seu exercício. Nesses termos, transcreve-se trecho do seu voto que ilustra bem essa conclusão:

É precisamente isto: no último dispositivo transcrito a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 06/11/2009. Arquivo PDF, p. 43).

O Ministro Menezes Direito, por outro lado, adotou a técnica da ponderação dos princípios, de tal modo a reconhecer que a liberdade de expressão, em que se situa a liberdade de imprensa, expressa valor hierarquicamente inferior à dignidade humana e por isso deve ceder espaço à primazia axiológica desse último princípio:

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias. Mas essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 06/11/2009. Arquivo PDF, p. 90).

[...] a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 06/11/2009. Arquivo PDF, p. 91).

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, utilizou a noção de dignidade humana em sentido diverso. Ao revés de cogitar de qualquer conflito entre a dignidade e a liberdade de expressão, a Ministra admitiu a confluência dos valores:

[...] a liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 06/11/2009. Arquivo PDF, p. 97).

Já da breve exposição desses três votos, observa-se as diferentes concepções e aplicações conferidas pelos Ministros a um mesmo conceito: o Ministro Relator reconhece na dignidade o cerne para os demais direitos da personalidade, inclusive os relacionados à liberdade de pensamento e de expressão; o Ministro Menezes de Direito toma a dignidade como princípio axiologicamente superior à liberdade de expressão, não havendo que se cogitar, em caso de conflito, da exclusão, mas da prevalência de um sobre o outro; a Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, remete-se à liberdade de expressão como um desdobramento da dignidade humana, afastando, com isso, qualquer oposição ou conflito entre esses princípios.

Da exposição dessas duas decisões, constata-se, a exemplo do que retrata o ex-ministro do STF, Eros Grau (2011, p. 343), qual o resultado do “artifício” da ponderação de princípios às decisões proferidas por essa Corte Suprema:

A moda dos princípios conduziu à chamada ponderação de princípios, que permite ao juiz decidir cada caso a partir dos valores que em cada caso eleja.

.....
 [...] Decisões diametralmente opostas foram afirmadas, o artifício da ponderação entre princípios justificando a prevalência dos valores – e não princípios – que, subjetivamente, um e outro Ministro elegeram como determinantes de cada uma delas.

Assim sendo, uma teoria do balanceamento de normas principiológicas, tal como preconizada por Alexy⁵⁹, conviveria bem em uma estrutura axiológica de princípios, em que a definição da prevalência e superioridade decorreria de uma escolha individual e subjetiva do aplicador. Essa proposta, contudo, apesar da grande ressonância entre a doutrina pátria⁶⁰, é

⁵⁹ A resolução da colisão entre princípios, segundo Alexy (2011a, p. 116-118) se dá a partir da máxima da proporcionalidade, que é composta, segundo ele, pelos princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, a lei da proporcionalidade proposta por Alexy (2011a, p. 111) decorre da máxima de que quanto maior é o grau de cumprimento ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância a ser conferida ao cumprimento do outro. Nesses termos, a ponderação é objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que, segundo Alexy (2011b, p. 111), deve ser decomposto em três passos: “Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.”

⁶⁰ Nesse sentido, *Rizzatto Nunes* (2002, p. 34), que além de reconhecer a hierarquia entre os princípios, admite que, pela relevância, uns, a exemplo do da dignidade da pessoa humana, mereçam, em detrimento de outros, preferência do intérprete: “[a dignidade da pessoa humana] é um verdadeiro superprincípio constitucional que ilumina todos os demais e normas [...]. E por isso não pode [...] ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.”; *Cármen Lúcia Antunes Rocha* (1999), que relacionando-a à interpretação dos direitos fundamentais, confere centralidade à dignidade da pessoa humana, definindo-a como “norma-princípio-matriz do constitucionalismo contemporâneo [...], base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.”; *Flávia Piovesan* (2008, p. 150-151), que, referindo-se à previsão constitucional, concebe a dignidade da pessoa humana como valor, suporte axiológico e núcleo base de todo o ordenamento jurídico brasileiro: “[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

inconciliável com um sistema jurídico que se pretende íntegro e coerente, como o defendido por Dworkin. Para o jusfilósofo norte-americano, a prática do Direito, como já se evidenciou, antes de qualquer atitude, é interpretativa. Com isso, a validade de um bom argumento, para Dworkin, decorre da sua coerência principiológica com a cadeia argumentativa do Direito compartilhada por uma comunidade, o que somente pode ser aferido por uma atitude compreensiva e histórica.

Com efeito, não é admissível, pelo menos do ponto de vista de Dworkin, atribuir a um princípio força maior do que ele mesmo pode suportar e que, por isso, põe em perigo, pela também liberdade conferida ao aplicador, a própria integridade de todas as normas de uma comunidade. Nesse sentido, assumir essa concepção estritamente axiológica de dignidade seria confrontar com a virtude política da integridade, que tenta tratar a comunidade política como uma associação de princípios, governada “por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada” (DWORKIN, 2007, p. 483 e p. 490).

Em complemento a esse entendimento e em referência à unidade de valores⁶¹, Dworkin, na sua obra “Justiça de Toga”, apresenta alguns argumentos que refutam qualquer pretensão de pluralidade e hierarquia valorativa, em especial dos valores integrados, expresso, por exemplo, pelo princípio da dignidade humana:

Se quisermos entender melhor os valores integrados [...], devemos tentar compreendê-los de modo holístico e interpretativo, cada um à luz dos demais, organizados não hierarquicamente, mas na forma de uma cúpula geodésica. Devemos tentar determinar [...] o quão importantes são esses valores, percebendo que concepção de cada um e que atribuição de importância a eles melhor se ajustam a nossa percepção das outras dimensões do viver bem [...]

.....
A filosofia política que pretende compreender melhor os valores políticos deve incorporar seu próprio trabalho nessa grande estrutura. Deve almejar, primeiro, elaborar concepções ou interpretações de cada um desses valores que fortaleçam os outros [...].

Não parece, portanto, haver em Dworkin, tal como observa Dias (2014, p. 194), qualquer tentativa de propagar uma ideia de hierarquização de princípios e/ou de valores, mas apenas a defesa de que algumas teorias e argumentos podem, em casos controversos, ser mais convincentes do que outros. E sobre a dimensão de peso, o autor norte-americano (2011, p. 96), ainda, evidencia que essa técnica não estabelece um resultado hierárquico, mas apenas

⁶¹ Essa estratégia de Dworkin – adotada com mais sofisticação em seu livro “Justiça para Ouriços” – foi explorada com as devidas limitações no capítulo II, quando se propôs, com base em um modelo unitário de valor, uma reconstrução do conceito de dignidade da pessoa humana, dessa vez associada, sob uma perspectiva moral e ética, a uma abordagem integrada do direito e à virtude da responsabilidade.

indica a possibilidade de se “fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra, a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis.

Registre-se, por oportuno, que, apesar da aparente semelhança entre algumas das premissas de Alexy e a teoria do direito de Dworkin, que reconhece a possibilidade de conflitos entre princípios e a sua resolução pelo sopesamento de argumentos, não há que se admitir eventual aproximação ou justaposição entre as teorias. Para Dworkin, a normatividade do Direito se manifesta a partir da prática interpretativa, da qual os argumentos de princípios emergem sempre dentro de um contexto coerente de outros princípios, cuja justificação transcende a objetividade das regras. Nesse sentido, esclarecedora é a explicação de Oliveira (2008, p. 205) sobre como Dworkin situa e utiliza os princípios em sua concepção do Direito como integridade:

[...] toda reflexão sobre o conceito de princípio e as possibilidades de sua determinação precisam atentar para o fato de que eles são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí. Todo princípio possibilita uma decisão – no sentido de abrir um espaço para que o juiz decida, de forma correta, a demanda que lhe é apresentada – mas, ao mesmo tempo, a comum-idade dos princípios limita esta mesma decisão uma vez que impõe que ela seja tomada ao modo de padrões já estabelecidos e compreendidos historicamente.

Assim sendo, verifica-se que Dworkin, ao tematizar o Direito como integridade, refuta a escolha de um método para a solução dos problemas do Direito. Nesse ponto, é possível asseverar que o autor norte-americano é certamente um antagonista de posturas como a de Alexy, que propõe uma teoria racional da argumentação jurídica baseada na suposição de que a clareza (e a compreensão) de uma norma pode ser desvendada pela aplicação de técnicas, como a da ponderação. Tomando as lições de Dworkin, Motta (2012, p. 156) traduz muito bem o papel do método na solução de casos judiciais, ao afirmar que não pode este servir para estruturar a compreensão da prática jurídica, mas pode contribuir, se for o caso, na tarefa de dar racionalidade à explicitação do que foi compreendido.

Antes de qualquer técnica ou prática argumentativa, portanto, a interpretação, apoiada na autoridade da tradição, é a chave da teoria do Direito de Dworkin. Isso significa dizer que o juiz, dentro da cadeia do Direito, é apenas mais um “romancista” que deve dar continuidade à “história jurídica” de forma principiologicamente coerente. É fato que os juízes frequente e naturalmente divergem (mesmo os comprometidos com a integridade do Direito) sobre o modo de interpretar uma regra ou princípio, sobretudo quando questões morais estiverem envolvidas. É a partir da reconstrução da história institucional do direito, contudo, que se

poderá justificar, de forma convincente e substantiva, a aplicação de um princípio, como o da dignidade da pessoa humana, a um caso jurídico. Dito de outro modo, o problema central da doutrina jurídica da divergência sobre o sentido que deve ser dado às proposições do Direito passa necessariamente pelo exercício da interpretação da história jurídica⁶² (DWORKIN, 2005, p. 217 e ss).

Ressalte-se que, como já enfaticamente se observou em seções anteriores, Dworkin (2012, p. 212) admite que a dignidade humana funciona como um conceito interpretativo. Por essa razão, tem-se que o desacordo na sua aplicação decorre da divergência quanto aos valores e às práticas que nele figuram. As teses opostas pelos Ministros do STF quanto à relevância e à precedência ou não da dignidade à garantia da liberdade de pensamento nada mais são, portanto, do que divergências teóricas sobre a melhor forma de interpretar os conceitos envolvidos. Diante desse contexto de uso, os conceitos de dignidade e de liberdade assumem natureza interpretativa, e não criterial, eis que o desacordo entre os juristas – ainda que não explicitamente reconhecido, visto que serviram para fundamentar o mesmo resultado de procedência da ação – reside na melhor compreensão social e normativa dos conceitos.

Nesses termos, reconhece-se que os Ministros, ainda que inconscientemente, não pretendem que o significado que eles emprestam aos termos prevaleça, mas visam demonstrar o que os referidos conceitos representam naquele contexto social em que a “discussão” se realiza. Apesar disso, eles ignoram o fato de que, diversamente das regras, os enunciados de princípios, para a sua aplicação, necessitam, segundo Dworkin, de uma interpretação racionalmente construída que considere não só as disposições constitucionais, mas também a história e as práticas constitucionais. As decisões, nesse sentido, sobre o peso e a relevância do princípio da dignidade sobre outro, como o da liberdade de expressão, não devem decorrer da discricionariedade e da subjetividade do magistrado, mas do sentido deontológico que o ordenamento jurídico empresta ao princípio.

Apenas para lembrar o tratado no primeiro capítulo, a distinção dos padrões normativos de Dworkin fundamenta-se em pressupostos de natureza fenomenológica e hermenêutica, e não em critérios de natureza estrutural e semântica, que colocam em evidência a subjetividade e a arbitrariedade do intérprete. Dworkin não se contenta com uma análise sintático-semântica do Direito. Pelo contrário, para ele, a formulação desse conjunto de padrões aplicativos (princípios e regras), representa, a um só tempo, a abertura para a

⁶² A teoria interpretativa de Dworkin é demonstrada, com maior solidez, no conjunto de ensaios reunidos na obra “Uma questão de princípio”, de 1985. No ano seguinte (1986), com a publicação do livro “O Império do Direito”, Dworkin sistematiza os seus argumentos e formula a concepção do Direito como integridade.

unidade na aplicação e para a preservação da autonomia do direito, tudo sob a restrição independente e superior da integridade e coerência.

Assim, o princípio da dignidade humana, na sua aplicação em casos judiciais, deve resultar de um processo de interpretação construtiva, que, como assinala Gisele Cittadino (2004, p. 187), não só “justifique o direito positivo à luz de princípios morais, mas, ao mesmo tempo, assegure o grau de certeza exigido pelo direito.”⁶³. Desta feita, o ponto central da integridade no Direito, de acordo com Dworkin (2009, p. 204), situa-se em argumentos de princípios, que devem ser construídos e justificados em um contexto de unidade e coerência com relação ao Direito da comunidade política. Nesse momento, é válido recordar como Dworkin (2009, p. 204) enxerga as variadas dimensões da integridade:

Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Essa aparente banalidade é ignorada [...]. Em segundo lugar, [...] a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.

Nota-se, pelo exposto, que o STF afasta-se dessa perspectiva íntegra do Direito, quando os seus Ministros: não conferem a relevância necessária ou simplesmente ignoram o fato de que conceitos como o de dignidade exigem um tipo de prática interpretativa valorativa, tanto para decidir casos de alta controvérsia moral, quanto para honrar suas responsabilidades como magistrados; tentam explicar os conceitos envolvidos apenas por um modelo positivista estritamente normativo, ignorando a sua dimensão moral e interpretativa; e resistem em conferir um sentido de validade deontológico ao princípio da dignidade.

Em geral, essa postura compromete a integridade valorativa e, por consequência, a própria compreensão do conceito de dignidade humana, cujo uso decorre da atividade interpretativa sobre a melhor concepção desse conceito. Isso representa, pelo menos quando consideradas as premissas teóricas do direito como integridade de Dworkin, um entendimento equivocado dos ministros do STF quanto às controvérsias que naturalmente existem no debate teórico-jurídico, em especial as que envolvem conceitos interpretativos como o da dignidade da pessoa humana.

⁶³ Como evidenciado em tópicos anteriores, Dworkin, no seu ataque ao positivismo, estabeleceu uma conexão estreita entre direito e moralidade, na medida em que admitiu que o ordenamento jurídico é composto não só por regras, mas também por princípios.

3.2.3 Pesquisa em células-tronco embrionárias e a indefinição do conteúdo da dignidade da pessoa humana

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 3.510/RJ⁶⁴ proposta pelo então Procurador Geral da República (PGR), Dr. Cláudio Lemos Fonteles, com o fim de declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei Federal nº. 11.105⁶⁵, denominada “Lei de Biossegurança”. A argumentação do autor da ação funda-se, basicamente, no fato de que os dispositivos impugnados representariam possível violação ao direito à vida e à preservação da dignidade da pessoa humana, na medida em que “a vida humana acontece na, e a partir, da fecundação”. Ele admite que o embrião é vida humana e, por isso, o que preconiza o dispositivo impugnado “inobserva a inviolabilidade da vida [...] e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.”

Ao que parece, a validade constitucional do dispositivo mencionado, se mantida a linha de entendimento preordenada pelo Procurador-Geral, ensejaria a discussão sobre o momento exato em que a vida se inicia e, por isso, a ocasião em que as garantias constitucionais poderiam ser, em tese, reivindicadas em face de imposições legislativas. Alguns ministros, sobretudo os que aderiram à tese vencedora, contudo, rejeitaram essa premissa e tentaram – muitas vezes sem êxito – fundar as suas teses argumentativas em questões distintas, como a autonomia privada, a liberdade de pesquisa científica e o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Como se verá logo a seguir, alguns (poucos, é verdade) Ministros da mais alta Corte Brasileira começam a considerar fundamentos que orientam o pensamento Dworkiniano sobre o valor intrínseco da vida humana e sobre o que realmente fomenta debates como esses⁶⁶, que envolvem questões morais de intrincada solução. Apesar disso, quando se observa, com mais

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010

⁶⁵ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

⁶⁶ Esse assunto é tratado por Dworkin, com maior profundidade, na sua obra “Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais”, originalmente publicada no ano de 1993. As teses levantadas nesse livro sobre valores, responsabilidade e dignidade humana foram retomadas, com maior sofisticação, no livro “Justiça para Ouriços” (2011).

atenção, o conteúdo e o fundamento dos votos, percebe-se que, em geral, eles não conseguiram se afastar da discussão do embrião ser ou não pessoa de direito. E, por situarem a divergência nessa questão um tanto quanto inconciliável, usaram a dignidade, que é aspecto central do valor intrínseco da vida humana (DWORKIN, 2009, p. 337), das mais diversas formas e sentidos.

Vale registrar que nenhum dos ministros estabeleceu uma definição precisa do conceito. Em geral, eles construíram seus argumentos em torno da dignidade, assumindo um conceito supostamente consensual e previamente aceito, que, pela sua dita universalidade, foi ignorado e sequer apresentado em termos claros e objetivos.

Antes de examinar criticamente, e com a brevidade necessária para os propósitos desta pesquisa, alguns dos votos proferidos, apresenta-se o resultado desse julgamento, considerado histórico⁶⁷ por juristas e pela comunidade científica em geral: por maioria (6 votos a 5), o Plenário do STF julgou improcedente a ação direta.

A tese prevalecente foi liderada pelo Ministro-Relator, Carlos Ayres Britto e acompanhada pelos Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negaram qualquer ofensa do artigo impugnado ao direito à vida e à preservação da dignidade da pessoa humana. Cumpre ressaltar que essa corrente majoritária foi apenas uma das três linhas de argumentação aventadas no julgamento. A segunda corrente foi preordenada pelo Ministro Menezes de Direito e seguida pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, que julgaram parcialmente procedente a ação, defendendo, como questão central da sua posição, que a pesquisa com células-tronco embrionárias só seria constitucionalmente possível, caso não representasse a morte do embrião. O terceiro e último posicionamento defendido pela Corte diz respeito à tese veiculada pelos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que admitiram a improcedência da ação, apenas se fosse concedida ao artigo impugnado uma interpretação conforme a Constituição: de prévia submissão da pesquisa a um órgão central de controle, vinculado ao Ministério da Saúde.

Em rigor, e tomando o resumo didaticamente feito por Barroso (2013b, p. 418), o julgamento da ADI 3510 se deu da seguinte forma:

[...] a votação, em rigor, foi de seis votos favoráveis à pesquisa, sem qualquer limitação aos termos da lei; dois votos favoráveis à pesquisa, mas com exigência de sua prévia aprovação por um comitê central de ética; e três votos no sentido de não

⁶⁷ Histórico, não só por ter desencadeado a primeira audiência pública no STF, mas pelo interesse provocado na sociedade brasileira por matéria que se restringia aos laboratórios e aos enfermos, cuja continuidade da vida dependia dos rumos da pesquisa com células-tronco.

admissão das pesquisas que importassem na destruição do embrião, o que significa, no estágio contemporâneo, a sua proibição.

É chegada a hora de análise dos votos, verificando o fundamento central de algumas das teses argumentativas e, principalmente, como o princípio da dignidade da pessoa humana foi concebido por cada Ministro nesse contexto.

Como já exposto, a tese vencedora foi preordenada pelo Ministro-Relator Ayres Britto. Em seu voto, o jurista, apesar de admitir as controvérsias que envolvem a discussão sobre o início da vida humana e, por isso, negar que a questão refira-se a esse tema, ele desenvolve parte considerável de seus argumentos na afirmação de que o bem jurídico da vida, constitucionalmente protegido, reporta-se a um personalizado indivíduo; que o início da vida coincide com o instante da fecundação; e que, por esses e outros fatores, o embrião não é pessoa humana, tampouco dotado de dignidade, mas tão somente um bem a se proteger juridicamente.

Nesse sentido, o jurista justifica a constitucionalidade do dispositivo impugnado no fato de que a dignidade é um princípio, cuja proteção alcança, já no plano das leis infraconstitucionais, tão somente seres personalizados, isto é, tudo que se revele como início e continuidade de algo que desague no indivíduo-pessoa:

[...] a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física e natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 165).

Nesse caso, a dignidade a ser protegida, segundo ele, corresponderia ao direito de planejamento familiar e ao respeito à paternidade responsável, elementos que denotariam a autonomia de vontade individual e do casal de decidir por uma filiação e de se submeter a um processo *in vitro* de fecundação.

Adotando o mesmo posicionamento de improcedência da ação, mas com tese argumentativa mais ampla e voltada à força valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana, a Ministra Cármen Lúcia assevera que a utilização de células-tronco embrionárias, ao contrário de agredir a dignidade humana, valoriza-a, pois, além de mudar o destino de descarte que seria dado às células não implantadas, busca ampliar, através da pesquisa e do aproveitamento em tratamentos de saúde, as possibilidades de dignificação de todas as vidas.

Assim, a Ministra concentra seus argumentos no valor supremo e central da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, no qual, segundo ela, é tido como valor absoluto e “superprincípio”, em que toda e qualquer escolha política pautada na formulação textual da Constituição se funda. Nesses termos, a jurista rejeita que o princípio da dignidade se restrinja apenas à proteção da pessoa humana, mas enfatiza o direito à existência digna e o dever do Estado e da sociedade de garanti-la.

Vale registrar que o Ministro Ricardo Lewandowsky parte da mesma concepção valorativa de dignidade humana, como núcleo essencial e baliza axiológica do ordenamento brasileiro, para fundamentar posicionamento diverso: de que o dispositivo impugnado precisa ser harmonizado com a dignidade humana e com o direito à vida, a fim de evitar que, com a pesquisa, as células-tronco sejam destruídas ou tenham seu potencial desenvolvimento comprometido.

Retomando os termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, vale registrar que ela, apesar de rejeitar a relação da dignidade com o reconhecimento ou não da pessoa humana, ao tratar da violação do direito à vida, parte do mesmo pressuposto do Ministro Ayres Britto: as células-troncos não remetem à vida e, por isso, não há direito que possa ser violado. Sobre o assunto, transcreve-se excerto do voto da Ministra:

“Se elas [células embrionárias] não se dão a viver, porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto [...], não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 343).

Também filiado à corrente majoritária, o Ministro Celso de Mello admite, com clareza, que a discussão sobre a constitucionalidade ou não do artigo 5º, da Lei de Biossegurança impõe, dentre outros fatores, profunda reflexão sobre o começo da vida. Ele, então, considera a atividade cerebral – referência legal para a constatação da existência humana – como marco inicial da vida, de sorte a concluir que a pesquisa em células-tronco, por ocorrer em momento anterior à formação do sistema nervoso e, por isso, antes da existência humana, não viola o ordenamento constitucional. Esses são trechos do seu voto:

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, “*a contrario sensu*”, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização “*in vitro*”, transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

.....
Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 581).

Por essa mesma senda, o Ministro Marco Aurélio, também da corrente majoritária, admite, dentre outras razões, que não há violação constitucional perpetrada pela Lei de Biossegurança, sobretudo porque não há possibilidade de as células-tronco utilizadas em pesquisa, pelos próprios requisitos legais – inviabilidade e congelamento há mais de três anos –, serem implantados em útero materno e desaguarem no nascimento. E, uma vez pressupondo que a personalidade jurídica e, portanto, a aptidão para adquirir direitos, subordina-se ao nascimento com vida, o Ministro reconhece a harmonia constitucional do artigo impugnado, refutando qualquer declaração de inconstitucionalidade ou ressalva à lei.

Observa-se, com isso, que, todos os posicionamentos até agora expostos, pelo menos entre os que defenderam a tese prevalecente, partiram, ainda que alguns não tenham admitido, de um mesmo pressuposto equivocado: saber se uma célula-tronco embrionária é pessoa humana com direitos e interesses próprios. Sobre o tema, Dworkin tece profundas considerações em sua obra “Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais” (2009), para demonstrar que é enganoso o modo como se apresenta o debate doutrinário e jurisprudencial sobre causas polêmicas, envolvendo questões morais de profunda controvérsia jurídica e filosófica, como a que por ora se analisa.

Dworkin (2009, p. 33) admite que a discussão, para ser sensata e coerente, deve tratar de “como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e que implicações tem isso para as decisões pessoais e políticas [...]”. É certo que a tese aventada pelo autor tem como referência principal a questão do aborto. Isso, porém, não afasta a possibilidade de alocar, com as adequações necessárias, algumas de suas premissas ao debate sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias. Ressalte-se que, com isso, não se tem a pretensão de questionar o julgamento da Suprema Corte, tampouco de veicular o fundamento mais ou menos adequado da tese argumentativa vencedora. Tem-se apenas o propósito de apresentar um ângulo diferente de observação, reforçando⁶⁸, assim, a apresentação de como a concepção de Dworkin sobre o valor intrínseco da vida humana e a sua relação com a dignidade podem contribuir para uma compreensão mais clara de questões

⁶⁸ No segundo capítulo, há seção própria dedicada à questão. O assunto foi tratado com referência à unidade de valores e a utilização da dignidade como guia interpretativo. Trata-se de uma pesquisa mais refinada de Dworkin sobre o tema e que foi publicada como a obra “Justiça para Ouriços”.

morais, sem que, com isso, restem comprometidos a fundamentação judicial e o próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

A ideia principal do autor (2009, p. VII), nesse livro, é que, antes de qualquer discussão bioética sobre o início ou o fim da vida, a divergência acerca da vida humana deve estar atrelada ao seu valor intrínseco, isto é, relaciona-se a qual interpretação apresenta a melhor justificação desse valor. As escolhas, portanto, sobre o nascimento ou a morte devem ser feitas de modo que esse valor seja respeitado, e não degradado. Dworkin, então, reconhece duas objeções tradicionais acerca da natureza do debate sobre o aborto: a derivativa e a independente. Ele (2009, p. 12-13) chama de objeção derivativa a que supõe que os fetos detêm interesses próprios desde o início da vida, possuindo, tal qual todo e qualquer ser humano, o direito de proteger interesses básicos, como o de permanecerem vivos. Essa objeção pressupõe, portanto, que a imoralidade do aborto decorre da existência de direitos e interesses aos fetos, cuja defesa e proteção caberiam ao governo. Em outras palavras: o Estado pode, lastreado na Constituição, tratar os fetos, ou, no caso sob apreço, os embriões, como uma pessoa. A objeção independente, por sua vez, não depende de nenhum interesse ou direito particular, a sua fundamentação decorre do fato de que a vida humana é sagrada em si mesma e, por isso, o aborto é errado por insultar esse valor intrínseco (DWORKIN, 2009, p. 13).

No caso em questão – de pesquisa em células-tronco embrionárias –, os Ministros, em geral, demonstram acreditar, embora alguns refutem expressamente, que a controvérsia seria a do primeiro tipo, cujo aspecto central corresponde aos direitos e aos interesses dos embriões. Dworkin, entretanto, como já se adiantou, acredita que a discussão, baseada nesse ponto de vista convencional – de acreditarem ou não que um feto (ou embrião) é uma pessoa com interesses e direitos – parte de um grave erro. A divergência, segundo ele, tem mais a ver com o segundo tipo de objeção:

Trata-se de uma discussão sobre como e por que a vida humana tem valor intrínseco, e que implicações tem isso para as decisões pessoais e políticas sobre o aborto. Essa constatação é de grande importância não apenas por conferir maior clareza ao debate, mas porque contradiz a conclusão pessimista de que a argumentação é irrelevante e a conciliação, impossível. (DWORKIN, 2009, p. 33).

Desta feita, Dworkin (2009, p. 209) admite que qualquer comunidade política tem a legítima preocupação, ainda que inconsciente, de proteger a inviolabilidade da vida humana, o que exige, por parte dos seus membros ao tomarem decisões, o reconhecimento do seu valor intrínseco. Diante dessa premissa, o Estado deve perseguir, segundo o jusfilósofo (2009, p.

210-211), o objetivo da responsabilidade, que nada mais seria do que incentivar as pessoas a tratarem decisões, tal qual a que ora se põe em debate, como uma questão de importância moral, que envolve valores fundamentais de caráter contestável e que, portanto, impõe a eles a responsabilidade de decidir reflexivamente e por si próprios o que esses valores significam.

Isso significa dizer que os cidadãos detêm o direito constitucional de não ter violadas, pelo Governo, algumas de suas liberdades pessoais, quando atuam na defesa e na garantia de um valor intrínseco, sobretudo porque “cada um interpreta a idéia de que a vida humana é intrinsecamente valiosa de diferentes maneiras, e que os diferentes impulsos e convicções expressos nessas interpretações antagônicas são muito poderosos e veementes.” (DWORKIN, 2009, p. 98).

Considerando, assim, que a ideia abstrata do valor intrínseco da vida admite diferentes interpretações, deve-se aceitar como inevitável a divergência em casos complexos que envolvam controvertidas questões morais como a da constitucionalidade da pesquisa em células-tronco embrionárias. Apesar da conformidade não ser possível, ou melhor não ser adequada, segundo Dworkin (2009, 210), pois afrontaria as convicções morais de uns e outros, o modo de entender essas controvérsias devem ser guiadas pelo princípio da integridade, cujo ponto central é o princípio e a responsabilidade moral de garanti-la. A seguinte frase, retirada da obra “Justiça para Ouriços”, sintetiza bem a abordagem preconizada por Dworkin (2012, p. 109): “o ponto sensível da responsabilidade é a integridade e [...] a epistemologia de uma moralidade responsável é interpretativa.”. Dito de outro modo, os conceitos partilhados por uma sociedade descrevem valores e, não raro, as pessoas discordam sobre o que esses valores significam e expressam. Diante disso, deve ser conferida a liberdade e a independência ética necessária para que cada um responsabilmente interprete o que significa o valor intrínseco da vida.

Nesse cenário, a dignidade se situaria, conforme Dworkin, como aspecto central do valor da vida:

Tenho argumentado que não apenas temos, em comum com todas as criaturas dotadas de consciência, interesses experienciais relativos à qualidade de nossas experiências futuras, mas também interesses críticos relativos ao caráter e ao valor de nossas vidas como um todo. Como afirmei, esses interesses críticos são interligados a nossas convicções sobre o valor intrínseco – a santidade ou a inviolabilidade – de nossas próprias vidas. [...] Quero agora sugerir que o direito de uma pessoa a ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre. (DWORKIN, 2009, p. 337).

Nessa esteira de pensamento, parece residir o fundamento central do posicionamento adotado pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto proferido pela improcedência da ADI 3.510. Inicialmente, o jurista delimita a questão posta em debate, asseverando que a controvérsia não se refere à eventual fixação pela Corte do momento inicial da vida humana, mas à análise quanto à compatibilidade da permissão concedida pelo dispositivo impugnado aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

Tecendo comentários sobre a previsão legal e os requisitos para a pesquisa com células-tronco embrionárias, o Ministro afirma que a faculdade outorgada por lei para a realização da pesquisa observa os três primados da República Federativa: “a laicidade do Estado Brasileiro [...], o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica.” (BRASIL, ADI 1.856/RJ. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento. Julgamento: 29/05/2008. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 465).

Desta feita, o Ministro considera que a regulamentação sobre o uso de células-tronco embrionárias, nos termos do que está previsto no artigo 5º, da Lei de Biossegurança, na verdade, concretiza a autonomia privada e os princípios da liberdade de expressão e da atividade científica. E, consentâneo ao teorizado por Dworkin, o Ministro afirma que a autonomia e a liberdade conferidas pelo dispositivo, guiam o sujeito, e não o Estado ou qualquer outra pessoa, em suas escolhas sobre os rumos da sua própria vida. Esta percepção do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida constitui, segundo o magistrado, a uma ideia essencial ao princípio da dignidade humana.

Para melhor elucidação dos argumentos, transcreve-se trecho do seu voto, onde o Ministro Joaquim Barbosa conclui:

[...] os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obriga-lo a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reserva à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 467-468).

Vale ressaltar que não só Joaquim Barbosa mostrou-se atento às lições de Dworkin sobre a inviolabilidade do direito à vida e a sua relação com o sentido da dignidade humana. A Ministra Cármen Lúcia, embora tenha adotado uma concepção axiológica da dignidade, tomando-a como “superprincípio constitucional” e ainda, por mais que não tenha conseguido

se desvincular totalmente da referência convencional – das células embrionárias serem ou não vida humana –, adotou alguns argumentos que se assemelham ao preconizado por Dworkin. A jurista registra que a Constituição não só assegura o direito à vida, mas a liberdade do ser humano de dela dispor segundo os seus critérios de viver melhor ou tão somente de viver. Nesse sentido, ressalta-se trecho do voto, em que Ministra assevera:

“É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 29/05/2005. Publicação: DJ 28/05/2010. Arquivo PDF, p. 362).

Assim, é possível dizer que a divergência envolvendo a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias não dizia respeito à questão sobre a aplicação ou não do princípio da dignidade da pessoa humana ou do reconhecimento da garantia da inviolabilidade da vida. Pelos votos apresentados no julgamento, a principal controvérsia foi sobre a extensão da proteção conferida por esses princípios, isto é, sobre o que a Constituição, quando devidamente interpretada, realmente garante em termos de direito à vida e dignidade humana. Em outras palavras, o que confere valor à vida e à dignidade e, por derradeiro, qual das concepções rivais apresenta a melhor justificação desse valor, considerado o contexto moral e valorativo a que o julgamento se dirige.

Desta feita, afirma-se que, diferente de uma divergência semântica sobre quais critérios cada Ministro compartilha sobre a vida e a dignidade humana, a controvérsia situa-se no que Dworkin (2007, p. 109) denominou de divergência teórica: “Divergem, em grande parte ou em detalhes sutis, sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição.”. Não se trata, portanto, de divergência sobre questões de significado ou critério linguístico, mas de uma divergência de caráter interpretativo, isto é, a decisão dependia da melhor e mais bem justificada interpretação do dispositivo impugnado e da Constituição.

Cada uma das concepções veiculadas pelos magistrados sobre a extensão e a aplicação do direito à vida e do princípio da dignidade humana no caso de pesquisa com células-tronco embrionárias revela como cada um empregou, de acordo com o que assumiu como melhor interpretação, uma descrição pós-interpretativa dos conceitos, isto é, alguma concepção de conceitos designados como interpretativos. Por conseguinte, as concepções foram polêmicas justamente por “diferirem, em suas descrições pós-interpretativas, da prática jurídica, em seus

entendimentos sobre a maneira certa de expandir ou ampliar a prática para áreas atualmente controvertidas ou não cultivadas.” (DWORKIN, 2009, p. 124).

Com isso, é possível entender com mais clareza, nos termos já expostos no segundo capítulo, como a concepção do Direito como integridade pode fornecer uma melhor adequação e justificativa da prática jurídica como um todo e, assim, reconhecer que a divergência no Direito é inevitável e, até mesmo, necessária para o aperfeiçoamento e a adaptação do Direito à realidade social. Isso, contudo, não representa, tal como alerta Dworkin (2009, p. 203), que o raciocínio jurídico seja uma perda de tempo, apenas porque juristas irão sempre divergir em casos complexos. Na verdade, Dworkin (2009, p. 204) recorre a um princípio geral: “a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da *integridade*, nas decisões que tomam.”.

3.2.4 O julgamento da ADPF nº. 54 e a dignidade da pessoa humana: as diferentes concepções de um conceito

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54⁶⁹, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com o fim de obter a interpretação conforme a Constituição das disposições do Código Penal relativos ao aborto, negando a sua incidência em caso de feto anencefálico.

Ao final, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, decidiu pela procedência da ação, declarando a inconstitucionalidade da interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada pelo Código Penal. Restaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que votaram pela procedência, com o acréscimo de condições de diagnóstico de anencefalia pelo Ministério da Saúde, e os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluzo, que a julgaram improcedente.

Sem ter o propósito de adentrar no mérito discutido na referida ADPF, por não guardar relação próxima com o objeto desta pesquisa, esta seção visa apenas demonstrar, pelo intenso recurso que se fez à dignidade humana para a fundamentação dos votos, as diferentes concepções apresentadas por alguns dos Ministros da Corte ao longo do julgamento. Nos termos do que um dos próprios Ministros, Ricardo Lewandowsky, evidenciou na ocasião, o

⁶⁹ ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Arquivo PDF.

princípio da dignidade da pessoa humana foi interessadamente utilizado para fundamentar o voto dos que são a favor quanto o dos que são contra a interrupção extemporânea da gravidez:

Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Arquivo PDF, p. 246).

Adiante-se que, igualmente ao constatado do exame da decisão anterior, a principal controvérsia aventada nesse caso residiu na extensão da proteção conferida por alguns princípios constitucionais, dentre os quais o da dignidade da pessoa humana. A divergência, portanto, referiu-se à questão de conteúdo e de fundamentação do conceito de dignidade quando relacionado à decisão da gestante acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Desta feita, o desacordo entre os Ministros sobre a concepção de dignidade não se situou em critérios linguísticos ou semânticos, mas acerca de qual das descrições pós-interpretativas do conceito melhor justificaria a decisão final.

No voto do Ministro Relator, que preordenou a tese vencedora, refutou-se um conflito entre direitos ou princípios constitucionais, uma vez que não seria possível invocar o direito à vida, tampouco à dignidade humana de feto anencéfalo. Por esse motivo, o Ministro Marco Aurélio entendeu que, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, negada está qualquer tipo de proteção jurídico-penal ao feto, ainda mais quando eventual tutela confronta-se com o direito de autonomia, liberdade e dignidade da mulher. E mais, o Ministro reforçou que, ainda que se admita eventual direito à vida e à dignidade ao feto anencéfalo, este cederia em prol do direito à dignidade da gestante.

Pela mesma senda, a Ministra Cármen Lúcia também reconheceu a prevalência do direito à dignidade da mulher e associou o conceito à autonomia feminina de decidir em prosseguir ou não com a gravidez de um feto que sabe não ter chance de vida:

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Arquivo PDF p. 235)

No mesmo sentido, o voto do Ministro Joaquim Barbosa orientou-se à proteção do direito à dignidade e à liberdade da mulher de escolher aquilo que melhor representa os seus interesses e convicções morais. Desse modo, em face de uma vida extrauterina inviável, prevalece, segundo o Ministro, a dignidade da mulher, enquanto direito à autonomia para tomar as suas próprias decisões.

Em sentido contrário, cita-se o posicionamento do Ministro Cezar Peluso, que, votando pela improcedência da ação, negou a invocação dos princípios da autonomia, liberdade e dignidade como fatores para legitimar o aborto de feto anencéfalo. Segundo o Ministro, tais direitos não tornam atípica qualquer comportamento danoso à vida ou à incolumidade física alheia. Nesse contexto, ele parte em defesa do direito à dignidade do feto anencéfalo:

[...] o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Arquivo PDF p. 384)

A dignidade fundamental da vida humana, como suposto e condição transcendental de todos os valores, não tolera, em suma, barateamento de sua respeitabilidade e tutela jurídico-constitucional, sobretudo debaixo do pretexto de que deformidade orgânica severa, irremissibilidade de moléstia letal ou grave disfunção psíquica possam causar sofrimento ou embaraço a outro ser humano. [...]. Tem dignidade, e dignidade plena, qualquer ser humano que esteja vivo (ainda que sofrendo, como o doente terminal, ou potencialmente causando sofrimento a outrem, como o anencéfalo). O feto anencéfalo tem vida, e, posto que breve, sua vida é constitucionalmente protegida. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Arquivo PDF p. 393)

Dito isso, o Ministro reconheceu a tipicidade da conduta de interrupção da gravidez, amoldando-a à definição legal do crime de aborto, sob o fundamento de que essa tutela jurídica se justifica na necessidade de preservar a dignidade da vida intrauterina, mesmo que o feto seja acometido por deformidades e tenha curta duração de vida. Caso contrário, a dignidade do feto seria indevidamente relativizada e reduzida, fora das hipóteses legais, à “condição de lixo ou de outra coisa imprestável”.

Pela exposição breve de alguns dos votos que fundamentaram tanto a posição vencedora de procedência da ação, quanto a minoritária de improcedência, observa-se que o princípio da dignidade foi utilizado como argumento nuclear para justificar entendimentos

opostos. De um lado, a dignidade humana foi associada à autonomia da mulher, prevalecendo sobre qualquer direito, que eventualmente poderia ser invocado em favor do feto. De outro, a concepção de que o direito à dignidade se estende à natureza humana como um todo, inclusive, ao feto acometido por enfermidades e que detenha curta expectativa de vida, não podendo, com isso, ser relativizado, tampouco negado, fora das hipóteses legais.

Assim sendo, a controvérsia sobre a possibilidade de conferir interpretação conforme a Constituição de dispositivos do Código Penal relativos ao aborto, negando-se a tipicidade da conduta de interrupção de gravidez de feto anencéfalo residiu, principalmente, sobre o âmbito de proteção do princípio da dignidade humana: se a tutela conferida por esse conceito jurídico abrangia ou não os fetos acometidos por anencefalia e, em caso positivo, se deveria ceder frente à dignidade e à autonomia da mulher de decidir pelo prosseguimento ou não da gestação.

Com efeito, em face do apelo valorativo do conceito de dignidade humana, mais uma vez se observa que dos aplicadores do direito, no caso os Ministros do STF, exigiu-se um exercício de interpretação, do qual surgiram diferentes concepções de um mesmo conceito. Não se nega, portanto, que esses juristas apresentaram um mínimo grau de consenso sobre a base conceitual de dignidade humana, entretanto também se reconhece que a divergência dos votos decorreu de um dissenso sobre a melhor descrição conceptual do princípio. Trata-se, segundo as lições de Dworkin já reiteradas vezes abordadas neste estudo, de um exemplo de conceito interpretativo, cuja divergência no seu tratamento apresenta natureza teórica e torna evidente o contraste entre conceito e concepção.

Desta feita, assevera Dworkin (2007, p. 91) que, sendo a dignidade um conceito interpretativo, deve-se apreender a base da qual decorrem os argumentos sobre o princípio e, com isso, tentar descrever uma “proposição abstrata”, cujos argumentos possam ser entendidos como concepções desse conceito. Em todo caso, afirma-se que a percepção pré-interpretativa que os Ministros do STF e toda e qualquer pessoa possui sobre os limites aproximados do conceito de dignidade servem para distinguir as concepções que aceitam ou rejeitam sobre o conceito.

3.2.5 Análise conclusiva segundo a virtude da integridade defendida por Dworkin

De todo o exposto, observa-se que as diferentes definições veiculadas pela jurisprudência do STF acerca da noção jurídica de dignidade da pessoa humana nada mais são

do que diferentes concepções de um conceito moral, reconhecido por Dworkin como interpretativo (2012, p. 212). Trata-se, portanto, de desacordos interpretativos sobre o que são e quais os valores que melhor exprimem o conceito. Apesar de os juristas compartilharem, em tese, práticas e experiências contidas nesse conceito, cada um o interpreta de modo diverso, “de certa maneira, temos teorias diferentes sobre que valores justificam melhor aquilo que admitimos como características centrais ou paradigmáticas dessa prática”. (DWORKIN, 2012, p. 18).

Verifica-se, com isso, que a divergência entre os Ministros da Suprema Corte sobre a melhor interpretação do conceito de dignidade da pessoa humana não passa de divergências teóricas sobre o fundamento interpretativo dos argumentos utilizados, conduzindo juristas e aplicadores do direito à escolha “de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor” (DWORKIN, 2010a, p. 212).

Nesse sentido, a defesa de um conceito como o da dignidade assenta-se, segundo Dworkin, em valores que transcendem a ele próprio, de tal sorte que tentar defendê-lo a partir da própria dignidade seria cair em uma circularidade infinita. Nesse sentido, o conceito de valor, como o da dignidade humana, deve ser compreendido de forma integrada aos outros valores. E é daí que Dworkin (2012) parte para a sua defesa da unidade valorativa, segundo a qual os conceitos políticos, morais e éticos, bem como os valores que exprimem, devem estar interligados uns aos outros a partir de uma interpretação responsável, comprometida com a integridade. Nos termos do explicitado no capítulo anterior, essa abordagem associa-se a uma compreensão não só da natureza da interpretação, como também dos conceitos contestados.

Para Dworkin, os fundamentos do direito não são determinados por consenso ou por uma dimensão semântica criterial, segundo o qual os conceitos são compartilhados se e somente se os critérios para a sua aplicação também assim o sejam⁷⁰. Para o autor, o direito “é uma prática social, cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa e moral e essencialmente argumentativa [...]” (MACEDO JUNIOR, 2014, p. 158).

Nesse sentido, falha o jurista que tenta desenvolver teorias semânticas que estabeleçam critérios para o reconhecimento e a aplicação do conceito de dignidade. Em verdade, pela sua natureza interpretativa, não é possível atribuir um significado pré-determinado ao conceito, muito embora seja necessário, para fins de fundamentação judicial, que o jurista demonstre a concepção que é utilizada para justificar a sua posição. Isso, como

⁷⁰ Trata-se do que Dworkin (2007, p. 55) designou de agulhão semântico, no qual muitos incorrem por partir da pressuposição de que: [...] podem discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmo critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, [...], que critérios são esses.

se viu, pouco tem sido feito pelos Ministros do STF. Na amostra de decisões analisadas, raros são os votos em que nitidamente se define a descrição de dignidade utilizada e menor ainda são as decisões que atribuem uma intencionalidade valorativa ao conceito. De um modo geral, os magistrados lançam mão da dignidade, sem considerar seu aspecto interpretativo, como também a importância da virtude da integridade para a fundamentação das decisões judiciais.

E, ainda, de acordo com a teoria da controvérsia de Dworkin, apresentada com maior ênfase no capítulo anterior, a semântica criterial fracassa em explicar os verdadeiros desacordos no Direito, isto é, sobre o que é a divergência e de quando ela é possível. Como afirma o autor, conceitos criteriais, que estabelecem um teste particular para a identificação de um conceito, não são suficientes para explicar tipos de conceitos interpretativos, como o da dignidade humana, pois divergências sobre o seu sentido não são desacordos empíricos, mas se referem aos próprios critérios que os justificam e fundamentam. E, nesse caso, a solução jurídica passa por uma interpretação construtiva, pela qual se impõe um propósito ao objeto ou prática, “a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero os quais se imagina que pertencem.” (DWORKIN, 2007, p. 64).

Essa trajetória interpretativa é sintetizada, com perfeição, por Macedo Junior (2013, p. 287-288) da seguinte forma:

Para ele [Dworkin], quando dois intérpretes se envolvem numa controvérsia interpretativa sobre conceitos valorativos (posteriormente redesignados como conceitos interpretativos), eles devem compartilhar algumas práticas de identificação e alguns paradigmas que permitam a identificação desses valores. Contudo, esse compartilhamento com frequência não é suficiente para que se estabeleça uma convenção que elimine a controvérsia sobre a melhor forma de interpretar o significado de determinado valor. O empreendimento interpretativo envolve, assim, um segundo momento, no qual as concepções rivais de um mesmo conceito podem competir no esforço de oferecer a melhor interpretação. Aquela que apresentar a melhor adequação (*fit*) e melhor reconhecer o apelo valorativo em questão deve ser reconhecida como a melhor (correta) concepção do conceito.

Assim sendo, para a construção de uma adequada concepção de um conceito interpretativo como o da dignidade da pessoa humana, referências criteriais, utilizadas na amostra selecionada, como a noção de mínimo existencial; o recurso à ponderação; ou a descrição do conceito como um princípio axiologicamente superior e preponderante sobre os demais; não contribuem para uma compreensão integrada e justificada do valor interno desse conceito. É necessário que, a partir de uma interpretação construtiva, não limitada pelas expectativas de seus autores, mas por uma postura de coerência e integridade, avalie-se qual das concepções melhor justifica e explica o valor da dignidade da pessoa humana.

Das decisões analisadas, verifica-se, portanto, que ainda é reduzida a adesão dos Ministros do STF à virtude da integridade preconizada por Dworkin. Como se viu, poucos são os votos, em que o magistrado age como um parceiro de um empreendimento interpretativo, no qual não só tem a responsabilidade de interpretar os conceitos de forma coerente e articulada ao contexto em que está inserido, como também o engajamento na tarefa construtiva de descobrir e atribuir a melhor leitura do princípio da dignidade ao caso concreto. Os Ministros da Corte Suprema, antes de utilizar o princípio da dignidade humana como solução para todo e qualquer tipo de conflito, não se preocupando com uma interpretação alinhada do conceito a decisões anteriores e aos demais princípios e valores compartilhados no ordenamento nacional, devem reconhecer, a luz da teoria do direito de Dworkin, que o uso de conceitos como esse funciona de um modo um pouco diferente dos demais. Como já se evidenciou, trata-se de um conceito interpretativo que, longe de ter critérios métricos e pré-determinados que o definam, demanda dos aplicadores que assim o reconheçam uma atitude interpretativa.

E não só isso, ainda segundo o jusfilósofo norte-americano, a dignidade deve ser considerada, pelas razões expostas ao longo da pesquisa, como um guia interpretativo de outros conceitos morais e como mais um conceito que deve ser reconstrutivamente interpretado, a fim de sempre mostrá-lo sob a sua melhor luz. Conforme as lições de Dworkin (2007, p. 58), as pessoas devem tentar impor um significado a prática interpretada, expondo-a em sua melhor luz, para, em seguida, reestruturá-la com base nesse significado.

Assim, sendo a dignidade humana um conceito interpretativo em permanente evolução, tal qual arduamente demonstrado ao longo da pesquisa, o princípio, como diz Dworkin (2012, p. 168), passa a ser compartilhado pela comunidade jurídica não porque há um acordo quanto a sua aplicação – não há, como se viu – , mas porque se compreende que a aplicação correta do conceito é fixada pela melhor interpretação dos valores e práticas em que nele figuram.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objetivo investigar, com apoio na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, a possibilidade de conferir uma abordagem interpretativa ao conceito de dignidade da pessoa humana. Com isso, discutiu-se se a divergência na sua abordagem jurídica é teórica e se o seu papel como guia interpretativo e conciliador de juízos morais, pressuposta pelo jusfilósofo norte-americano, pode ser reconduzido à atuação judicial. Tudo com o fim de propor uma interpretação construtiva e moralmente responsável da noção de dignidade, que a mantenha íntegra e coerente dentro do sistema jurídico brasileiro.

Trata-se, como demonstrado, de uma problemática que decorre da própria forma de abordagem e da utilização do conceito por diversos operadores do direito. Como se viu no decorrer da análise acerca da estruturação jurídica do conceito pela mais alta Corte Brasileira, os Ministros, ao seu modo e sem qualquer cuidado com a coerência a outros valores e normas, têm, em regra, adotado uma postura desengajada no uso da noção de dignidade humana. Como consequência, tem se enfraquecido o sentido normativo desse princípio, como também a própria consistência da fundamentação judicial.

Registre-se, por oportuno, que a escolha por Ronald Dworkin, como referência teórica desta pesquisa, deveu-se, dentre outras razões já explanadas, pela posição de destaque que o autor possui na agenda contemporânea sobre a teoria do direito⁷¹. As suas obras radicalizaram e aprofundaram temas clássicos, que, antes relacionados apenas ao domínio do direito, foram, com a sua abordagem pioneira e pela força das suas críticas, analisados sob uma nova perspectiva, agora mais próxima da filosofia em geral⁷² e, por isso, mais sofisticada.

Assim, questões, que já dispõem de vasta e diversificada literatura, como as relacionadas à definição do direito, à revalorização dos princípios e, sobretudo, à dimensão interpretativa de conceitos jurídicos, a exemplo do da dignidade, foram reconstruídos a partir

⁷¹ Dworkin é um dos teóricos contemporâneos que mais impactaram o estudo da teoria do direito no Brasil. O pensamento jurídico desse autor contribuiu em muito para a agenda do debate teórico jurídico por muitos anos. Não é à toa, com as devidas ressalvas sobre a falta de rigor e zelo, que Dworkin é um dos teóricos do direito da atualidade mais citados pela doutrina, jurisprudência e em trabalhos acadêmicos, sobretudo os relacionados à hermenêutica filosófica.

⁷² Vale ressaltar, inclusive, que esse entrelaçamento entre os domínios do direito e da filosofia é fato reconhecido pelo próprio jusfilósofo norte-americano: “*The philosophy of law studies philosophical problems raised by the existence and practice of law. It therefore has no central core of philosophical problems distinct to itself, as other branches of philosophy do, but overlaps most of these other branches. Since the ideas of guilt, fault, intention, and responsibility are central to law, legal philosophy is parasitic upon the philosophy of ethics, mind, and action. Since lawyers worry about what law should be, and how it should be made and administered, legal philosophy is also parasitic on political philosophy. Even the debate about the nature of law, which has dominated legal philosophy for some decades, is, at bottom, a debate within the philosophy of language and metaphysics.*”

de uma nova pauta teórica. Nesse contexto e em reforço ao que já foi delineado em páginas anteriores, considera-se que a conhecida teoria da controvérsia de Dworkin – referência teórica relevante neste estudo – consiste em uma das mais importantes novidades na obra do autor. Com ela, Dworkin foi substancialmente capaz de explicar a natureza das divergências no direito, o modo de solucioná-las e, ainda, justificar a própria teoria interpretativa do direito.

É sobre esse contexto, inclusive, relacionado aos processos de justificação e de busca do melhor argumento interpretativo sobre o conceito de dignidade humana que se dedicou boa parte desta pesquisa. Por essa razão, a perspectiva teórica dworkiniana mostra-se adequada para absorver e explicar toda a complexidade do tema, que envolve a divergência na abordagem desse conceito, que, além da sua natureza interpretativa, funciona como filtro e guia para a interpretação de outros conceitos morais.

É certo que o estudo não se voltou à apresentação de um conceito hermético e único da noção de dignidade, visto que isso contrariaria a própria premissa da integridade e da natureza interpretativa do conceito. A partir do alinhamento ao pensamento jurídico de Dworkin, pretendeu-se demonstrar como se situa a divergência jurídica sobre a fundamentação e o conteúdo desse conceito, como também justificar como a virtude da integridade e a atitude interpretativa do operador do direito contribuem para a valorização da noção de dignidade e para a exposição dos valores que exemplarmente a justificam no caso concreto.

Assim sendo, por todo o conjunto teórico abordado neste estudo, observa-se, inicialmente, que se deve priorizar, ao menos na solução de casos judiciais, uma interpretação principiológica da noção de dignidade, em detrimento de qualquer compreensão estritamente axiológica e desprovida de parâmetros e referenciais deônticos.

E, diante da distinção entre padrões normativos proposta por Dworkin – quem conferiu, com maior solidez conceitual, a normatividade necessária à categoria de princípios – é possível evidenciar como a sua compreensão dessas disposições normativas repercutem na plausibilidade da sua teoria sobre as divergências no direito e no modo de solucioná-las. Isso porque, diversamente das regras, a natureza lógica de orientação dos princípios relaciona-se, segundo Dworkin, à coerência de sua aplicação na totalidade do contexto normativo (re)construído.

Ressalte-se que, para o autor, os princípios não são compreendidos como regras vagas, tampouco funcionam dentro da lógica do tudo ou nada. Eles envolvem a referência a um valor, isto é, a intencionalidade dos princípios é valorativa, impondo ao magistrado, a partir

de razões substantivas, a obrigação de produzir um argumento de acordo com o direito. Desse modo, a solução de casos judiciais, sobretudo os controversos (*hard cases*), passa pelo reconhecimento da força normativa dos princípios, visto que oferecem ao juiz as imposições de moralidade que deles são próprias e que influenciam a argumentação judicial.

Assim, ao revés de fomentar a discricionariedade do julgador, pela diversidade de critérios valorativos associados à aplicação de conceitos morais, como o da dignidade, o encontro entre direito e moral proposto por Dworkin, a partir da consideração de princípios, estabeleceu um modelo normativo que se fundamenta na integridade de seus padrões de julgamento e que propõe uma postura interpretativa voltada à apresentação das práticas do direito sob a sua “melhor luz”. Trata-se da teoria que alicerça o objeto desta pesquisa: a teoria do direito como integridade.

Com essa teoria, Dworkin estatuiu um método “interpretativista” sobre a natureza das controvérsias jurídicas e sobre como explicar a melhor forma de conceptualizar conceitos. De acordo com essa abordagem interpretativa, o direito e a moral não são instâncias totalmente independentes, eis que o domínio do Direito não inclui apenas as regras promulgadas, mas também os princípios que oferecem a melhor justificação para essas normas positivas. Nesse sentido, o interpretativismo defendido por Dworkin não se volta à estrutura do funcionamento da argumentação, como técnica de persuasão. O seu estilo de interpretação tem uma conotação moral substantiva, voltando-se à solução de controvérsias no direito a partir de um contínuo processo de justificação moral.

Assevera-se, com isso, que a natureza interpretativa do Direito decorre justamente do seu próprio caráter discursivo, associado ao conjunto de controvérsias conceptuais que frequentemente ocorrem no seu interior, as quais exigem um pano de fundo interpretativo que proponha a melhor justificação moral de conceitos. Assim, filósofos e aplicadores do direito, quando divergem acerca das condições de veracidade de uma noção jurídica, o desacordo, não raro, refere-se ao fundamento e ao conteúdo dos conceitos e práticas questionadas. Nesses casos, mesmo que inconsciente ou instintivamente, eles fazem uso frequente do contraste entre conceito e concepção, para expressar a sua interpretação sobre uma prática jurídica. Trata-se, como demonstrado, da divergência teórica que juízes e advogados normalmente possuem em casos denominados difíceis (*hard cases*), nos quais o exercício argumentativo e interpretativo se revela, segundo Dworkin, como fator crucial para a sua solução.

Em casos assim designados difíceis, cujo recurso a regras ou a princípios é problemático, o debate judicial cinge-se sobre o conteúdo de cláusulas abertas e indeterminadas ou na natureza interpretativa de disputas morais, como as que envolvem a

dignidade humana, que, por apresentar intensa carga valorativa, exige do aplicador do direito um exercício interpretativo à luz das circunstâncias do caso concreto.

Muitos dos *hard cases*, portanto, decorrem de diferenças teóricas alicerçadas em concepções rivais de uma mesma prática e por isso assumem a forma de argumentação sobre a concepção que oferece a melhor justificativa do conceito. Desse modo, resta ao juiz, no âmbito de processos judiciais dessa natureza, analisar as teses antagônicas propostas pelos litigantes e propor uma interpretação construtiva sobre o sentido que julgue ser mais adequado e que melhor apreenda o valor da prática jurídica objeto da controvérsia.

Assim, em oposição ao que Dworkin denominou de teorias semânticas do Direito, entre as quais se incluem as propagadas pelo positivismo jurídico, por incorrerem no “agulhão” da semântica criterial, a prática jurídica consiste em um exercício de interpretação, cujas divergências, como as relacionadas à aplicação do conceito de dignidade humana, relacionam-se ao que deve ser considerado como fundamento do direito.

Com efeito, Dworkin reconhece que alguns conceitos morais, inclusive o de dignidade da pessoa humana, funcionam como interpretativos, sobre os quais a comunidade jurídica compartilha um mínimo grau de consenso acerca da base conceitual, mas diverge sobre o modo de interpretação e de aplicação do seu conteúdo. É o caso, por exemplo, das distintas concepções utilizadas pela jurisprudência brasileira, mais propriamente pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o conceito de dignidade. Nesse caso, os desacordos, de natureza iminentemente teórica, referem-se a divergências interpretativas sobre o que são e quais os valores que melhor expressam o conceito. Não se nega, portanto, que esses juristas detinham um mínimo grau de consenso sobre a base conceitual da dignidade humana, porém o dissenso entre os votos decorreu do desacordo quanto à melhor descrição conceptual do princípio.

Na amostra de decisões selecionadas, foi possível verificar que os Ministros do STF agem de forma desengajada e desprezam a natureza interpretativa do conceito de dignidade, na medida em que tentam sem êxito estabelecer critérios métricos à noção, dotam o princípio de uma superioridade axiológica para justificar a sua aplicação ou não se preocupam em estabelecer os fundamentos sobre os quais a concepção utilizada se justifica. Diante disso, resta prejudicada a própria fundamentação das teses argumentativas ventiladas, ao menos no que tange ao uso do conceito de dignidade, eis que a validade de um bom argumento, segundo Dworkin, decorre justamente do seu apelo valorativo e da sua coerência principiológica com a cadeia argumentativa do Direito. E não só isso, a ausência de referência ao conteúdo de dignidade que o magistrado utiliza para fundamentar um argumento põe em foco uma das

causas para a banalização⁷³ na aplicação do princípio, que acaba sendo reduzido a um mero reforço argumentativo de toda e qualquer matéria levada à apreciação judicial, comprometendo, assim, a própria unidade e a coerência do sistema jurídico.

Nesse contexto, a postura interpretativa exigida por Dworkin assume posição central na decisão de casos jurídicos que envolvem a noção de dignidade humana, que, em regra, remetem a questões de alta complexidade moral. Como demonstrado ao longo do estudo, a interpretação preconizada por Dworkin relaciona-se a uma prática valorativa e ao reconhecimento de um tipo distinto de intencionalidade, na qual se instala, diante de um conceito designado como interpretativo, um empreendimento criativo e reconstrutivo de interpretação, organizado em três etapas: em um primeiro nível, previamente se estabelece um consenso sobre as proposições mais genéricas da prática interpretada, admitindo-se uma identificação pré-interpretativa da prática (conceito); no segundo, manifesta-se a controvérsia latente em antagônicas interpretações acerca das exigências e da forma de compreender essa prática (concepções); e, por último, em uma etapa pós-interpretativa, evidencia-se, segundo as convicções substantivas do intérprete, quais das justificativas apresentadas e aceitas na etapa anterior melhor servem para justificar o conceito.

Nota-se, assim, que a distinção entre conceito e concepção, em oposição às teorias semânticas do direito, é compreendida, não em problemas de significado ou de critérios linguísticos, mas no reconhecimento de divergências teóricas, em níveis diferentes de interpretação, sobre o melhor modo de interpretar o conteúdo do direito. Diante disso, a tarefa de interpretação do Direito deve se assemelhar, segundo Dworkin, ao exercício literário de construção de um “romance em cadeia”, em que se exige do juiz, na qualidade de participante da corrente jurídica, uma atuação interpretativa de caráter construtivo que dê sequência à história da prática social.

Ocorre, como aventado, que esse complexo movimento interpretativo proposto por Dworkin não foi observado pela Suprema Corte Brasileira, ressalvados alguns poucos votos que apresentaram alguma aproximação às premissas do direito como integridade de Dworkin. Nesses termos, verifica-se que os Ministros ignoram o fato de que conceitos, como o da dignidade, funcionam como interpretativos e que, por isso, exigem do aplicador uma

⁷³ A conhecida e curiosa decisão do STF que bem retrata o cenário de banalização no uso do conceito de dignidade corresponde à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 1.856/RJ proposta pelo Procurador-Geral da República, para questionar a validade jurídico-constitucional da Lei nº. 2.895/1998 do Estado do Rio de Janeiro, que legitimou a realização de exposições e competições entre aves de raças combatentes da fauna não silvestre. Apesar da decisão não ter centralmente se fundado na suposta relação entre atos cruéis envolvendo animais e a ofensa à proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, as intervenções dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski retratam o quão elástico é o conteúdo atribuído pela Suprema Corte ao princípio.

interpretação racionalmente construída que considere o contexto de valores em que a controvérsia sobre aquele conceito se instala.

Assim, é necessário que se compreenda que as controvérsias envolvendo a noção de dignidade nada mais são do que divergências sobre o conteúdo e o fundamento desse conceito. O desacordo é teórico e, por esse motivo, relaciona-se com o que confere valor à dignidade e o que apresenta a sua melhor justificação dentro de casos difíceis, como os relacionados à pesquisa em células-tronco e à interrupção de gravidez de feto anencéfalo, casos criticamente analisados no último capítulo.

Nesses termos, verifica-se que reduzida é a adesão dos Ministros do STF à abordagem interpretativa e construtiva preconizada por Dworkin acerca de conceitos como o da dignidade humana. Como se viu, eles não agem como mais um parceiro de um empreendimento interpretativo, que busca, dentre distintas abordagens e de acordo com o contexto em que estão inseridos, coerentemente interpretar qual concepção atribui a melhor leitura ao princípio. Apesar de a base conceitual ter sido (inconscientemente) compartilhada entre os Ministros, entre eles não se reconheceu que as divergências se relacionavam a desacordos interpretativos sobre o que são e quais os valores que melhor justificam o conceito, tampouco de que a sua compreensão deveria se dar a partir de uma interpretação construtiva, engajada com a perspectiva de integridade, sobre a concepção que melhor justifica o princípio da dignidade humana.

É claro que, em consonância ao pensamento jurídico de Dworkin, não se propõe que os juristas compartilhem uma prática de tal modo a conceber um conceito uniforme e fechado de dignidade. Pelo contrário, a convergência que se exige refere-se apenas à compreensão da natureza interpretativa do conceito, o que, por si só, já encoraja os seus aplicadores a refletirem, contestarem e reconstruírem o conceito à luz do caso concreto e dos valores compartilhados pela comunidade a que a discussão se refere. Desse modo, os magistrados, em geral, não devem, em sede de debate judicial, reportar-se ao critério semântico que querem subjetivamente emprestar ao conceito de dignidade, mas antes à qual interpretação conceptual de dignidade melhor se ajusta ao conceito e expressa o seu valor.

Por todo o exposto, verifica-se, tal qual sustentado na hipótese que conduziu este estudo, que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como conceito interpretativo, na medida em que, embora seja partilhado por operadores do direito, as práticas e os valores que descreve e expressa são objeto de desacordo.

Assim, pela indeterminação de conteúdo, os juristas divergem não sobre a ocorrência de fatos ou à presença de critérios, mas por interpretarem de modo diferente o conceito de

dignidade, apresentando diferentes concepções sobre os valores que melhor o justificam. Diante disso, a metodologia adequada para a compreensão desse conceito consiste, tal como suscitado por Dworkin, na interpretação e, mais propriamente, na responsabilidade moral que cada sujeito deve assumir para perseguir a unidade e a coerência de valores.

Nesse contexto, o projeto de integridade proposto por Dworkin em muito se adequa à interpretação e à aplicação do princípio da dignidade, podendo ser concebida, segundo o autor, como guia conciliador de juízos morais, e não, a exemplo do que pretendem positivistas e defensores da teoria da argumentação jurídica, como guia para uma atividade discricionária. Ao contrário de uma visão apenas axiológica e arbitrária, o objetivo da integridade e a virtude da responsabilidade moral impõem ao intérprete uma postura coerente e sempre justificada na “comunidade” de princípios. Assim, em vez de priorizar preferências e o subjetivismo de aplicadores do direito, a proposta interpretativa de Dworkin, nos moldes apresentados nesta pesquisa, é a que melhor confere unidade ao sistema jurídico, eis que se ajusta à natureza interpretativa do conceito jurídico envolvido, como também à dimensão avaliativa, moral e essencialmente argumentativa do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b;

_____. **On Necessary Relations Between Law and Morality**. Ratio Juris, vol. 02, n. 02, jul. 1989. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.1989.tb00035.x/abstract>> Acesso em: 27 out. 2014;

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011a;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios Jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008;

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013a;

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013b;

BERLIN, Isaiah. **The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History**. London: Phoenix, 2011;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

BRASIL, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16 mai 2014;

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: DJ 30/04/2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em 01 fev 2015;

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Agravante: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Agravados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 30/04/2009. Publicação: DJ 05/11/2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130%2ENUME%2E+OU+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l9olauj>> Acesso em: 28 fev. 2015;

_____, Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Publicação: DJ 28/05/2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adi+3510+c%2E9lula%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/otb4mnl>>. Acesso em: 08 nov. 2014;

_____, Supremo Tribunal Federal. **AI 583.136/SC**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Agravante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Agravado: Município de Florianópolis. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 11/11/2008. Publicação: DJ 24/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28583136%2ENUME%2E+OU+583136%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ot6thol>> Acesso em: 28 fev. 2015;

_____, Supremo Tribunal Federal. **RE 639.337 AgR/SP**. Inteiro Teor do Acórdão (arquivo PDF). Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento: 23/08/2011. Publicação: DJ 16/09/2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28639337%2ENUME%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lu3mmlj>> Acesso em: 28 fev. 2015;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003;

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014;

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo**. Revista de Direito Constitucional e Internacional da RT. n 83/abr-jun-2013;

_____. Argumentos de política no controle judicial: uma análise a partir das teorias de Ronald Dworkin e Neil MacCormick. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014;

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010a;

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012;

_____. **Keynote address: Justice for Hedgehogs**. 90 B.U.L. Rev. 469 2010. Disponível em:< www.heinonline.com.br> Acesso em: 20 jul 2014;

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011;

_____. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

_____. **The Model of Rules**. 35 U. Chi. L. Rev. 14. 1967-1968, p. 22. Disponível em:< www.heinonline.com.br> Acesso em: 20 jul. 2014;

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

FERNANDEZ NETO, Atahualpa. Os limites da interpretação constitucional: critérios para uma argumentação racional. In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso (org). **Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar**. Belém: Editora CESUPA, 2003;

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Regras para eficácia constitucional**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 76, 1985. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/82>>. Acesso em: 30 jul. 2014;

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **A interpretação dos direitos fundamentais: interpretar é argumentar por meio de princípios**. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v.5, n.1, mar 2007. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/140/151>. Acesso em: 13 ago. 2014;

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004;

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Norma y valor en el constitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 2, n. 7, jan/jun 2006;

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013;

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011;

GUASTINI, Ricardo. **Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade**. Revista Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 11, n. 55, maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57797>>. Acesso em: 20 jul. 2014;

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford Law books, 2013;

_____. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I**. 2. ed. Tradução: Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007;

_____. Positivism and the separation of law and moral. In: DWORKIN, Ronald M. (comp.). **The Philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 1977;

HOMCI, Arthur Laercio; TAXI, Ricardo Araujo Dib. **O direito como integridade na prática interpretativa dos direitos humanos**. Saber Jurídico, v. 3, 2012. Disponível em: <http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/artigos/edicao3/artigo_1_Arthur_Homci.pdf> Acesso em 02 abr 2015;

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. Ronald Dworkin: justiça, direito e unidade de valor. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (coord.). **Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: Cesupa, 2013;

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Coord). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008;

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013;

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra, 2001;

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

NALBANDIAN, Elise G. **Notes on Ronald Dworkin's Theory of Law**. Mizan L. Rev. 370 2009. Disponível em:< www.heinonline.com.br> Acesso em: 20 jul 2014;

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013;

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximação sobre o problema da fundamentação da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007;

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana In: LEITE, George Salomão (Coord). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008;

PIRES, Teresinha Inês Teles. A definição da justiça sob a perspectiva da teoria da integridade de Ronald Dworkin. In: LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **As faces da justiça: análise de teorias contemporâneas de justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013;

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out./dez. 1999;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

SHAPIRO, Scott J. **The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed**. Public Law and Legal Theory Working Paper Series. University of Michigan Law School, n. 77, mar. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968657> Acesso em: 01 nov. 2014;

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010;

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Hermenêutica e interpretação ou do “destempo” e o tempo de Castorp. In: DIAS, Jean Carlos; KLAUTAU FILHO, Paulo (coord.). **Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014;

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

_____. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio Perin. **A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito**. Revista de Direito do Estado – RDE, Rio de Janeiro, ano 07, n. 22, jan./mar. 2012. Renovar, 2012;

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Coord). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008;

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On Reading the Constitution**, Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a Dignidade da Pessoa Humana. In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos**. Brasília: STJ, 2009.