

SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E MORAL A PARTIR DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

ON THE RELATIONSHIP BETWEEN ETHICS AND MORAL FROM A THEORY OF JUDICIAL DECISION

José Emílio Medauar Ommati¹

RESUMO: O PRESENTE ARTIGO PRETENDE DISCUTIR A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E MORAL, TENDO COMO MARCO TEÓRICO A FILOSOFIA MORAL DE RONALD DWORKIN. PARA TANTO, LANÇA MÃO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL PARA DEMONSTRAR DE QUE MANEIRA ÉTICA E MORAL SE ARTICULAM COM O DIREITO, DE MODO A DEMONSTRAR COMO TAIS DOMÍNIOS ESTÃO INTERLIGADOS E ENTRELACADOS.

PALAVRAS-CHAVE: *ÉTICA. MORAL. TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL. RONALD DWORKIN.*

ABSTRACT: THE PRESENT ARTICLE INTENDS TO DISCUSS THE RELATIONSHIP BETWEEN ETHICS AND MORAL, HAVING AS THEORETICAL FRAMEWORK MORAL PHILOSOPHY OF RONALD DWORKIN. FOR THIS PURPOSE, WORK OUT WITH THE THEORY OF JUDICIAL DECISION TO DEMONSTRATE HOW ETHICS AND MORAL ARTICULATE THEMSELVES WITH LAW, IN ORDER TO DEMONSTRATE HOW THESE AREAS ARE INTERLINKED AND INTERTWINED.

KEYWORDS: *ETHICS. MORAL. JUDICIAL DECISION THEORY. RONALD DWORKIN.*

Sumário: 1 Introdução. 2 Parte I. 3 Parte II. 4 Parte III. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de minha participação no III Congresso de Filosofia do Direito, ocorrido em Teresina – PI, em junho de 2013, quando apresentei painel exatamente sobre a relação entre Ética e Moral a partir de uma teoria da decisão judicial.

Neste texto, pretendo desenvolver essa relação de modo um pouco mais pormenorizado do que fiz durante o evento, já que, naquele momento, o tempo era

¹ O autor é Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG; Professor de Teoria da Constituição, Direito Constitucional e Hermenêutica no Curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro; Professor das Faculdades Santo Agostinho em Montes Claros – MG; Autor das obras: *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição* de 1988; *Teoria da Constituição*; *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*; todas publicadas pela Livraria e Editora Lumen Juris; Coordenador-Geral da Coleção *Teoria Crítica do Direito*, também publicada pela Livraria e Editora Lumen Juris. E-mail: emilioommati@gmail.com

escasso para todos os desenvolvimentos necessários para uma correta compreensão entre Moral e Ética a partir de uma perspectiva que integre tais domínios, lançando luzes para uma possível teoria da decisão judicial consistente com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Para o sucesso da empreitada, o trabalho encontra-se dividido em três partes. Na primeira (I), traço a distinção entre Ética, Moral, Moral Política e Direito, tal como desenvolvida por Ronald Dworkin em sua mais recente obra, *Justiça para Ouriços*² e como esses domínios se relacionam entre si. Já em um segundo momento (II), mostro, não apenas a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, mas também a partir das ideias desenvolvidas por Michel Foucault em suas últimas obras³, o que é requerido dos cidadãos em geral e dos juízes, em particular, para o desenvolvimento do direito democrático. Na parte final (III), a partir das ideias desenvolvidas nos itens anteriores, procuro desenvolver uma possível teoria da decisão judicial compatível com um ordenamento jurídico-constitucional democrático como o brasileiro.

2 PARTE I

Ronald Dworkin, em sua mais recente obra⁴, desenvolve, aprofunda e unifica sua teoria filosófica que sempre esteve pressuposta em seus escritos anteriores sobre Direito, Política e Filosofia Política. Essa perspectiva filosófica o autor norte-americano denominará de uma filosofia para ouriços, utilizando-se de uma citação de um poeta grego de nome Arquíloco, que afirmava que a raposa conhece muitas coisas, enquanto o ouriço conhece uma única grande coisa. Segundo Dworkin, essa única grande coisa que o ouriço conhece é a unidade, interdependência e independência dos valores.⁵ Portanto, nessa obra, Dworkin defenderá uma tese ousada e bastante controversa: a independência, interdependência e possibilidade de verdade dos valores. Em outras palavras, nos domínios da Ética, Moral, Moral Política e Direito, é possível se falar em verdade e falsidade. Podemos afirmar, nesses domínios, que algo é certo ou errado, independentemente do que determinada pessoa ou grupo social acredite ser certo ou

² DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

³ Trata-se da chamada fase ética de Michel Foucault, com a publicação das seguintes obras: FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004; FOUCAULT, Michel. **O Governo de Si e dos Outros**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; FOUCAULT, Michel. **A Coragem da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

⁵ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

errado. Assim, pode-se dizer que torturar crianças por divertimento é errado, independentemente da época, lugar e do que as pessoas pensem a respeito.⁶ Justamente a partir dessa tese mais geral que Dworkin afirma a possibilidade de resposta correta no Direito, como mostrarei mais a frente.

Mas, como construir essa teoria que unifique todos esses domínios e os valores? Haveria um parâmetro a partir do qual possamos julgar a correção dos valores e das afirmações sobre os valores, bem como sobre as práticas sociais que implementam tais valores?

A resposta dada por Dworkin será o valor da dignidade humana. Mas, ao contrário do que possa parecer, a dignidade humana em Dworkin apresenta um conteúdo bastante preciso, que torna tal valor operacional e, além disso, possibilita que partindo-se dela (dignidade humana), seja possível construir normas e valores mais específicos, justamente para que não haja uma inflação na utilização do valor mais básico. Também a partir da dignidade humana é que será possível relacionar e distinguir os domínios da Ética, Moral, Moral Política e Direito.

Na perspectiva dworkiniana, a dignidade humana se apresenta a partir de dois princípios ou ideias que se relacionam: o princípio do autorrespeito e o da autenticidade. Tais princípios e ideias significam que, primeiro, toda vida deve ser respeitada e protegida. Mais que respeitada e protegida, pelo primeiro princípio, exige-se que uma vida humana não seja desperdiçada. Já pela segunda ideia ou princípio, uma vez protegida e respeitada e não desperdiçada, a vida humana deve ser vivida pelo indivíduo a partir da responsabilidade individual deste indivíduo por sua vida. É dizer: cabe a cada indivíduo construir seu projeto de felicidade, sucesso e realização de sua vida.⁷

O desenvolvimento desse princípio fundamental da dignidade humana nos mostra justamente que o domínio da vida em sociedade demanda a relação e diferenciação entre os domínios da Moral e da Ética. Aqui, um alerta é importante para que eu não seja mal compreendido: tratarei da relação entre Moral e Ética a partir de uma determinada leitura da história da filosofia sobre essa relação, a de Ronald Dworkin, preocupado que estou com a questão substancial. Não trabalharei aqui a

⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

⁷ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

perspectiva da relação da Moral e Ética a partir da sociologia, desenvolvida fundamentalmente por Niklas Luhmann em obra interessante sobre a moral da sociedade. Utilizarei aqui aquilo que Luhmann nessa obra denomina de perspectiva substancial da história da filosofia, preocupada com o conteúdo.⁸

Ora, se a dignidade exige a defesa incondicional da vida e que toda vida deve ser bem sucedida, e o critério de sucesso de uma vida depende dos valores individuais de quem vive, duas questões necessárias devem ser resolvidas: O que é felicidade? O que devo aos outros?

Essas questões podem também ser reformuladas no seguinte sentido: O que é viver bem? O que é uma vida boa?

A resposta a essas questões seja em sua primeira ou em sua segunda formulação, nos leva necessariamente aos domínios da Ética e da Moral. Apesar desses termos serem bastantes controversos na história da filosofia, Dworkin nos convida a entender o domínio da Ética como a busca pela felicidade. A Ética, portanto, está estritamente ligada ao domínio da felicidade individual, aquilo que o autor norte-americano denomina de viver bem. Contudo, e ao contrário do que poderia parecer, a construção de uma ética individual não leva a um individualismo egoísta, pois viver bem pressupõe necessariamente uma vida boa. Em outras palavras, a construção da minha felicidade, passa necessariamente por relações que eu travo com outras pessoas. Assim, a Ética está intimamente relacionada com a Moral, ou seja, com o que eu devo aos outros, ou, ainda, com aquilo que Dworkin denomina de vida boa.⁹

Como a ideia que unifica tudo isso é a dignidade humana, e a dignidade humana pressupõe que as vidas humanas devem ser vividas em sua plenitude, Dworkin demonstra sua ligação com o pensamento republicano, na medida em que o sucesso ou fracasso individual está intimamente relacionado ao sucesso ou fracasso da própria comunidade. Diz o autor norte-americano nesse sentido que sempre que for possível eu devo ajudar os outros, desde que isso não me prejudique. A imagem utilizada por Dworkin para explicar os domínios da Ética e da Moral é a de uma piscina com raias paralelas. Cada raia é a Ética individual, de modo que os nadadores não podem

⁸ LUHMANN, Niklas. **La Moral de la Sociedad**. Madrid: Trotta, 2013.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

atrapalhar os outros nadadores. Contudo, em algumas situações, quando um nadador percebe que o seu rival/companheiro está se afogando ou não consegue nadar adequadamente, se for possível, é exigido dele que ultrapasse sua raia, atingindo a raia do nadador em pior situação para ajudá-lo.¹⁰

Essas ideias, quando traduzidas para o âmbito político, nos levam à Moral Política que visa assegurar justamente o igual respeito e consideração por todos os indivíduos que estão sob o comando de um poder político. E o desenvolvimento dessa Moral Política em cada comunidade específica nos leva ao domínio do Direito que, a partir de suas regras e princípios, deve demonstrar que trata a todos com igual respeito e consideração.¹¹

Eis aí a comprovação da unidade e interdependência do valor. Os argumentos se pressupõem mutuamente em uma estrutura de uma árvore, cuja raiz é a dignidade humana.¹²

Mas, como desenvolver esse conjunto de valores de modo que uma comunidade seja mais genuína e que lute pela dignidade de seus indivíduos, tornando-a melhor e também mais digna? Em outras palavras, como as pessoas podem cultivar esses valores? Aqui, não há uma resposta muito bem desenvolvida por Dworkin. Ele apenas afirma a necessidade disso tudo.

Devemos buscar a resposta para essas questões ou em autores republicanos, tais como Hannah Arendt¹³, ou em Michel Foucault que, em sua última fase, deu uma guinada para a Ética.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.* Desenvolvendo as perspectivas da Moral Política e do Direito, temos as seguintes obras de Ronald Dworkin: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹² DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*

¹³ Dentre as várias obras de Hannah Arendt, duas me parecem essenciais para o desenvolvimento das minhas ideias nesse texto: ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010; ARENDT, Hannah. **Conferencias sobre la Filosofia Política de Kant**. Paidós: Barcelona, 2003.

No próximo tópico, aproximarei as ideias de Arendt, Foucault e Dworkin, de modo a melhor explicar a tese do Direito como Integridade e desenvolver a possibilidade de uma teoria da decisão judicial em um ordenamento jurídico-constitucional democrático.

3 PARTE II

Volto à questão: Como desenvolver um sentido ético e moral de responsabilidade para com minha própria vida e para com a vida dos outros? Como tornar uma comunidade de indivíduos que são diferentes por natureza em uma comunidade de princípios, uma comunidade fraterna, formada por pessoas que estão profundamente divididas quanto aos seus projetos de felicidade, mas unidos a partir de uma ideia maior, a de que o sucesso ou fracasso de cada um levará necessariamente ao sucesso ou fracasso da própria comunidade?

Aqui, as ideias de Michel Foucault e de Hannah Arendt esclarecem a questão e lançam novas luzes sobre a noção de integridade, fundamental para o desenvolvimento de um direito democrático.

Após fazer um diagnóstico bastante pessimista da sociedade moderna, mostrando-nos que essa sociedade se baseia no controle dos corpos e em uma biopolítica que visa a todos disciplinar e nos tornar dóceis¹⁴, Foucault buscará na Ética uma possível saída para uma sociedade disciplinar e disciplinadora. Apesar de uma sociedade de controle, é possível, nos mostra Foucault, espaços de liberdade e de autonomia individual que podem levar a uma insurreição dos sujeitos. Essa possibilidade será encontrada no retorno que Foucault fará aos gregos, a partir de duas ideias construídas na Grécia Antiga e que evoluíram até atingir as sociedades modernas e complexas. São os convites feitos por Sócrates, inicialmente, e retomado posteriormente por uma série de escolas filosóficas bastante diversas, de conhecer-se a si mesmo e de cuidar de si.¹⁵

¹⁴ Sobre isso, veja, dentre outros, os seguintes trabalhos de Michel Foucault: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 36ª edição, Petrópolis: Vozes, 2007; FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2010; FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008; FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. *Op.cit.*

Esses convites e verdadeiras exigências para o domínio de si mesmo implicarão toda uma reformulação do estilo de vida e de comportamento do sujeito que os aceita. Conhecer-se a si mesmo implica que eu tenho que cuidar de mim mesmo. Essas duas necessidades formariam o domínio de uma Ética pessoal, já que o autoconhecimento e cuidado de mim mesmo implicariam um retiro para dentro de mim mesmo, moderação nos gestos, na alimentação e a necessidade sentida pelo indivíduo que desenvolve essa habilidade de falar a verdade, aquilo que os gregos chamarão de *parrhesía*, que os romanos denominarão de *libertas*, que pode ser traduzido aproximadamente como um falar franco, um falar verdadeiro. Aquele que se conhece e que cuida de si deve ter a coragem de, em algumas situações, dizer a verdade, sem se importar com as consequências negativas que esse falar franco pode trazer a ele. O **parresiasta** (aquele que se conhece e que cuida de si e que, portanto, fala a verdade) não teme o falar franco, mesmo sabendo que, em muitas situações, ele correrá risco até de morrer por sua postura de denunciar e anunciar a verdade.¹⁶

Ora, fica claro que o cuidar de si e o autoconhecimento levarão necessariamente à preocupação com os outros. Afinal, só é possível cuidar dos outros e se preocupar com os outros quando o indivíduo se autoconhece e cuida de si permanentemente. Foucault encontrará o revigoramento dessa ideia no postulado kantiano do **sapere aude**: tenha coragem de usar o teu próprio entendimento!¹⁷ Afinal, somente posso usar meu próprio entendimento para julgar os outros, se sou capaz de me autoconhecer e de julgar a mim mesmo.

Essa Ética individual, uma verdadeira Estética da Existência, levará, portanto, necessariamente àquilo que Dworkin denominou de domínio da Moral, ou seja, o que eu devo aos outros? Ou, como cuidar dos outros? Ou, ainda, como governar os outros?

Essa capacidade de autogoverno e de governo dos outros depende, portanto, daquilo que Hannah Arendt denominou de responsabilidade pelo julgamento, elemento que ela vai buscar em Kant em sua Crítica do Juízo. Como explica Arendt, somente sou capaz de discernir o correto do incorreto, o bem do mal, se sou capaz de ficar só comigo

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. *Op.cit.*

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **O Governo de Si e dos Outros**. *Op.cit.*

mesmo, de cuidar de mim mesmo, de dialogar comigo mesmo.¹⁸ Quando, por alguma razão, o indivíduo perde essa virtude moral e ética, ele se torna um monstro, capaz das maiores atrocidades como se fosse a coisa mais normal do mundo. Surge aí algo que a Modernidade construiu e apresentou ao mundo: a banalidade do mal.¹⁹

Assim, o desenvolvimento e defesa da dignidade humana, bem como de uma comunidade de princípios dependerá de uma postura que deve ser assumida por todos os envolvidos, que levará necessariamente à busca daquilo que Foucault, na última obra antes de morte, denominará de verdadeira vida.²⁰ Essa verdadeira vida levará necessariamente à busca da autenticidade, valorizando o que deve ser valorizado, a simplicidade, e não os bens materiais neles mesmos considerados. Ou, para dizer com Ronald Dworkin:

As culturas têm tentado ensinar uma mentira maligna e aparentemente convincente: que o sistema de avaliação mais importante de uma vida boa é a riqueza e o luxo e o poder que ela cria. Os ricos pensam que viverão melhor se forem ainda mais ricos. Nos Estados Unidos e em muitos outros países, usam a sua riqueza politicamente, para convencerem o público a eleger ou a aceitar líderes que farão isso por eles. Dizem que a justiça que imaginamos é socialista, que ameaça a nossa liberdade. Nem toda a gente é ingênua; muitas pessoas contentam-se com vidas sem riqueza. Mas muitas outras deixam-se convencer; votam por impostos baixos para manterem o *jackpot* alto no caso de também o ganharem, ainda que se trate de uma loteria que estão quase condenadas a perder. Nada melhor ilustra a tragédia de uma vida não examinada: não há vencedores nesta dança macabra de ganância e ilusão. Nenhuma teoria respeitável ou até inteligível do valor pressupõe que ganhar e gastar dinheiro tenha algum valor ou importância intrínseca, e quase tudo o que as pessoas comprem com esse dinheiro também não tem qualquer importância. O sonho ridículo de uma vida principesca é mantido vivo por sonâmbulos éticos. E estes, por sua vez, mantêm viva a injustiça, porque o desprezo por si próprios alimenta uma política de desprezo pelos outros. A dignidade é indivisível.²¹

No Direito, o desenvolvimento desses valores vai se dar a partir daquilo que Dworkin denominará de integridade.

Convém ressaltar que o Direito não é íntegro em si mesmo. O Direito pode se tornar íntegro e, portanto, melhor, se a comunidade assumir a tarefa hercúlea de

¹⁸ ARENDT, Hannah. **Conferencias sobre la Filosofia Política de Kant**. *Op.cit.*; ARENDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. *Op.cit.*

¹⁹ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Para mais detalhes sobre o pensamento de Hannah Arendt, vide: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt: Diálogos sobre a Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

²⁰ FOUCAULT, Michel. **A Coragem da Verdade**. *Op.cit.*

²¹ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. *Op.cit.*, p. 430.

desenvolvê-lo com integridade. Portanto, a integridade do e no Direito depende da própria integridade de cada membro da comunidade.

Assim, se aceitarmos que o Direito não se esgota em um catálogo fixo de regras e princípios, mas que ele é dado por uma atitude interpretativa e construtiva dos cidadãos para com o seu Direito²², podemos perceber que um direito democrático exige que os cidadãos se vejam como parceiros de um empreendimento coletivo comum que visa assegurar a dignidade humana de todos os seus membros. Nesse sentido, aceitar a integridade, implica aceitar que o Direito foi feito por um único autor, a comunidade personificada. Isso é o que Dworkin denomina de integridade ou integridade na política ou ainda integridade na legislação.²³

Uma vez obtida integridade política e isso exige responsabilidade política dos cidadãos no ato de escolher seus representantes, bem como contínua e permanente fiscalização dos cidadãos em relação aos eleitos, necessária é a integridade no Direito ou integridade na aplicação do Direito. Significa dizer que, uma vez criado o Direito democraticamente pelo próprio povo, cabe aos aplicadores institucionais do Direito(Judiciário) desenvolver esse Direito de modo a torná-lo coerente e consistente, como se tivesse sido produzido por um único autor. A integridade na aplicação do Direito leva a que se veja o sistema jurídico como uma trama, uma narrativa a ser desenvolvida pela própria comunidade, através de seus juízes, de modo a tornar a história a melhor que ela pode ser. Aí a ideia de romance em cadeia.²⁴

Nesse sentido que Dworkin afirmará a inexistência da discricionariedade em sentido forte no Direito. Na medida em que a decisão judicial é uma construção compartilhada entre autor, réu e juiz, que devem continuar uma história da melhor forma possível e não iniciar uma nova, de modo a tornar o Direito o melhor que ele pode ser, o juiz não pode decidir conforme sua própria consciência como também em situações complexas não pode criar um direito novo.²⁵ E isso se dá porque há outros

²² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op.cit.*, p. 492.

²³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op.cit.*, capítulo VI.

²⁴ Sobre isso, vide: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op.cit.*, capítulo VII; DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. *Op.cit.*, capítulo 6. Ainda: PEDRON, Flávio Quinaud. **Em Busca da Legitimidade do Direito Contemporâneo: Uma Análise Reconstitutiva das Teorias Jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther**. 1. ed. Belo Horizonte: Flávio Barbosa Quinaud Pedron Editor, 2013.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op.cit.*; Ainda: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

padrões além das regras no Direito, denominados de princípios, e também em nome do próprio Estado de Direito e da democracia. Juízes, portanto, não podem surpreender os cidadãos com a criação de novos direitos não existentes na legislação (termo utilizado em sentido amplo, para abarcar não apenas as leis, mas também a Constituição e os princípios implícitos e explícitos do Direito), seja em nome do Estado de Direito, da democracia ou da segurança jurídica, seja pelo fato de eles não terem recebido um mandato popular para tanto.

Contudo, o Direito em si mesmo considerado não impõe que os juízes aceitem a integridade. A própria integridade não levará a que as decisões sejam aceitas por todos os indivíduos da comunidade.²⁶ Isso porque o Direito é em si mesmo controverso, já que vazado em textos e textos são sempre carentes de interpretação, compreensão e aplicação²⁷, além do que remanesce no Direito, justamente em virtude de seu caráter textual e hermenêutico, um espaço de discricionariedade ao Magistrado no ato de decisão. Discricionariedade aqui utilizado em seu sentido fraco, como alerta Dworkin, pretendendo significar que toda tomada de decisão implica escolha.²⁸

Portanto, também aqui para o desenvolvimento e efetividade da integridade do Direito, necessária uma postura e um autoconhecimento e cuidado de si por parte dos Magistrados.

No próximo e último ponto, desenvolvo a possibilidade de uma teoria da decisão judicial compatível com um ordenamento jurídico-constitucional democrático.

4 PARTE III

A partir das ideias desenvolvidas por Ronald Dworkin, Michel Foucault e Hannah Arendt, seria possível estabelecer uma teoria da decisão judicial compatível com um ordenamento jurídico-constitucional democrático?

Lênio Luiz Streck tem tentado desenvolver uma teoria da decisão judicial, a partir de uma relação entre a hermenêutica filosófica desenvolvida por autores como Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer e a teoria do Direito como integridade, de

²⁶ Sobre isso, vide: DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. *Op.cit.*

Ronald Dworkin.²⁹ Para ele, a partir dessas teorias, não seria mais correto se dizer que a decisão judicial implica um ato de escolha, já que decidir já implica um acertamento do resultado produzido no desenvolvimento processual, de modo que a integridade do Direito impede qualquer ato de escolha.³⁰

E isso se dá justamente porque a decisão precisa fazer sentido na trama dos capítulos anteriores, de modo que a própria comunidade já estabeleceu os princípios a serem aplicados e como esses princípios devem ser compreendidos e interpretados.³¹ Daí porque se poder falar em única decisão correta ou resposta adequada à Constituição, como prefere o autor gaúcho, que alça essa resposta adequada à Constituição a verdadeiro direito fundamental do cidadão no Brasil.

Embora concorde em geral com o pensamento de Lênio Streck, inclusive quanto à existência de um direito fundamental à resposta adequada à Constituição, não consigo concordar com a perspectiva de que, a partir da hermenêutica filosófica gadameriana e heideggeriana e da teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, não haveria mais espaço para escolha no ato de decisão do Magistrado.

Ora, a própria hermenêutica gadameriana já demonstra que todo ato de compreensão é, ao mesmo tempo um ato de interpretação e de aplicação. Esse processo unitário não prescinde da subjetividade do intérprete/aplicador. Ao contrário: o pressupõe. Assim, a luta contra o relativismo empreendida pela filosofia gadameriana vai se dar na medida em que o intérprete/aplicador vai se ver como mais um elemento de uma tradição que é superior a ele, já que o envolve. Contudo, a própria tradição é envolta na linguisticidade, de modo que não é algo fixo, mas apresenta-se sob muitas vozes. Cabe ao intérprete/aplicador, ao decidir, demonstrar porque sua decisão é a que melhor realiza a tradição.³²

²⁹ Nesse sentido, veja as duas últimas obras do autor: STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** *Op.cit.*; STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico.** São Paulo: RT, 2013.

³⁰ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** *Op.cit.*; STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico.** *Op.cit.*

³¹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** *Op.cit.*; STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico.** *Op.cit.*

³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica.** *Op.cit.*

No caso do Direito, a integridade também pressupõe que a história que vem sendo construída seja reinterpretada a cada momento histórico de modo a torná-la a melhor que ela pode ser. Os capítulos anteriores do romance em cadeia fazem as vezes da tradição no pensamento de Gadamer. Também aqui os envolvidos divergirão profundamente sobre o significado e alcance dos capítulos anteriores bem como da direção a ser seguida daqui para frente. Daí porque Dworkin afirmar que a integridade não eliminará as decisões equivocadas ou desagradáveis para determinada parcela da comunidade. O que é atraente na integridade é a ideia de que somos governados por princípios e não por regras construídas de maneira *ad hoc*.³³ Justamente por isso que Dworkin criticará a discricionariedade em sentido forte, ou seja, aquela que autorizaria o juiz ou administrador a decidir sem qualquer parâmetro jurídico. Essa sim, não existe! Mas, continua a existir a discricionariedade em dois outros sentidos: quando um Tribunal decide sem qualquer possibilidade de recurso para instância superior e quando o juiz ou Tribunal toma uma decisão, escolhendo a melhor interpretação dos fatos e do direito disponível naquele momento.³⁴

Mas, se não há como vincular completamente o juiz seria ainda possível defender uma teoria da decisão judicial compatível com o ordenamento jurídico-constitucional democrático?

Entendo que sim, desde que nos comprometamos conosco mesmo no desenvolvimento de uma vida mais autêntica, exigindo dos outros e dos poderes públicos integridade no desenvolvimento dos nossos direitos e deveres constitucionais, pois, como a hermenêutica filosófica, o Direito como Integridade e a Hermenêutica do Sujeito nos ensinaram, o que há de mais genuinamente normativo em nossa comunidade é justamente a autocompreensão que temos de nós mesmos, dos outros e dos papéis que desenvolvemos em nossa comunidade. É isso que me parece que a ideia de Integridade quer significar de mais genuíno!

REFERÊNCIAS

³³ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida*. *Op.cit.*

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. *Op.cit.*

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDDT, Hannah. **Conferencias sobre la Filosofia Política de Kant**. Paidós: Barcelona, 2003.

ARENDDT, Hannah. **A Vida do Espírito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **O Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Segurança, Território, População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Os Anormais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

_____. **O Governo de Si e dos Outros**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Coragem da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La Moral de la Sociedad**. Madrid: Trotta, 2013.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt: Diálogos sobre a Política**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em Busca da Legitimidade do Direito Contemporâneo: Uma Análise Reconstitutiva das Teorias Jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther.** 1. ed. Belo Horizonte: Flávio Barbosa Quinaud Pedron Editor, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Compreender Direito: Desvelando as Obviedades do Discurso Jurídico.** São Paulo: RT, 2013.