



**A JUSTIÇA DE TOGA: UM ENSAIO INTERPRETATIVO DA OBRA DE
RONALD DWORKIN SOBRE A INFLUÊNCIA DA MORAL NO DIREITO**

Aleksandro Clemente
PUC-SP
aleksabdroclemente@gmail.com

RESUMO:

Esta resenha analisa os principais tópicos da obra “A Justiça de Toga” de Ronald Dworkin, que trata de como as convicções morais dos magistrados podem influenciar as decisões judiciais proferidas pela corte. Essa é uma questão controvertida que o autor tenta responder em seu livro, inclusive rebatendo argumentos de seus críticos, como os filósofos Isaiah Berlin e H. L. A. Hart. O pensamento de Ronald Dworkin é atualmente muito estudado nos meios jurídico e acadêmico, despertando muito interesse entre estudiosos e também por todos aqueles que, de uma forma ou de outra, lidam com o direito e com as questões éticas e morais de nosso tempo.

PALAVRAS CHAVE: Justiça; Política; Direito; Moral; Ética.

1. Introdução:

Em “*A Justiça de Toga*” (DWORKIN, 2010) o autor inicia narrando um diálogo entre o Juiz da Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes e o jovem Leanerd Hand, que mais tarde viria a se tornar Juiz na Corte Distrital de NY. No diálogo, Hand agradece a carona que lhe fora dada por Holmes e, ao se despedir, grita: “Faça Justiça, Juiz!”. Holmes pede que o condutor retorne e, para a surpresa de Hand, diz: “Não é esse o meu trabalho!”, e parte rumo ao seu trabalho, que não consistia em fazer justiça (DWORKIN, 2010, pg. 03).

A partir dessa narrativa, o autor formula a pergunta central do livro: “*Como as convicções morais de um juiz devem [se é que devem] influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito?*” (DWORKIN, 2010, pg. 03). O autor reconhece que, dependendo da corrente adotada por juristas, sociólogos, políticos e filósofos do direito, a resposta a essa pergunta pode variar, de “tudo” a “nada”. E essa é a questão controvertida que Dworkin irá tentar responder, segundo a sua visão teórica de Direito, ao longo do livro.

Para Dworkin, “*trata-se, evidentemente, de uma questão de importância prática fundamental saber se os critérios morais (...) estão entre os critérios que os juízes e outras autoridades devem usar para decidir quando essas proposições [jurídicas] são verdadeiras*” (DWORKIN, 2010, pg.

03). Isso impõe outras perguntas: Um juiz pode julgar segundo critérios políticos? Não é função de um juiz julgar apenas com base no direito? Em verdade, o livro ora analisado estabelece um embate entre a Teoria do Direito de Dworkin e a Teoria do Positivismo Jurídico, representado no sistema da *civil Law* por Hans Kelsen e no sistema da *Commum Law* por H.L.A. Hart.

Dworkin irá dizer que na maioria dos países, seja no sistema da *Civil Law* (onde o que é direito é representado pela lei aprovada no legislativo) seja no sistema da *Comum Law* (onde o que é direito é representado pelo que os tribunais já decidiram no passado), a veracidade ou falsidade das proposições jurídicas vai depender do que dizem tais leis ou a jurisprudência (DWORKIN, 2010, pg. 11). Mas, nem sempre a jurisprudência ou as leis oferecem critérios seguros para que se diga o que de fato é direito em um caso concreto. Segundo Dworkin, “às vezes, não fica claro, qual é a interpretação correta de uma série de decisões judiciais...” e que “devemos atentar para essas diferentes maneiras em que a moral pode estar presente ao tomarmos nossas decisões acerca do que é o direito” (DWORKIN, 2010, pg. 12). Dworkin lança então o problema que é: como deve o magistrado proceder diante das lacunas do direito, da ambiguidade ou da antinomia das normas? Para Dworkin, nestes casos a **moral** pode ser o critério utilizado pelo julgador no intuito de se chegar à verdade-valor da proposição jurídica e, assim, atingir a correta aplicação do direito. Para exemplificar e fundamentar sua posição, Dworkin cria um caso imaginário onde uma mulher, a Sra. Sarenson, durante muitos anos toma um medicamento chamado *Inventum* fabricado por diversos laboratórios. O medicamento apresenta uma série de contra-indicações que os fabricantes desconheciam. Em razão disso, a Sra. Sarenson passa a sofrer de sérios problemas cardíacos. Ela não tem como provar qual laboratório, dentro os vários que fabricavam o medicamento à época, produziu os comprimidos que ela própria ingeriu. Mas é certo que a Sra. Sarenson tomou comprimidos fabricados por mais de um dos laboratórios fabricantes do produto. Contudo, é certo também que não tomou comprimidos fabricados por algum deles. Ela simplesmente não tem como se lembrar (DWORKIN, 2010, pg. 203).

Com esse *hard case*, Dworkin passa a analisar as possíveis soluções diante das possíveis teses arguidas pelos advogados que atuam no caso. Os advogados da Sra. Sarenson processam todos os laboratórios que fabricavam o produto argumentando que, como não é possível dizer com certeza qual laboratório fabricou os comprimidos ingeridos por ela, todos os fabricantes deveriam ser responsáveis pelo dano, pois todos se beneficiaram de uma fatia do mercado na exploração comercial do produto. Assim, cada um deveria arcar com uma indenização proporcional à sua participação do mercado nas vendas do *inventum* durante aqueles anos. Por outro lado, os advogados dos laboratórios respondem que nenhuma das empresas pode ser

responsabilidade por absolutamente nada, a menos que a Sra. Sarenson prove a responsabilidade individual de cada um deles. Ou seja, o ônus de provar incumbe a quem alega, diriam os advogados dos laboratórios.

Ambas as teses se preocupam em dizer o que é o direito no caso específico. Os advogados do laboratório poderiam argumentar que a lei ou a jurisprudência não prevê a possibilidade de alguém ser obrigado a indenizar por danos que não causou (e neste caso não havia provas de quem tivesse efetivamente causado o dano). Por outro lado, os advogados da Sra. Sarenson diriam que isso se trata de um princípio geral de direito, mas que o caso da Sra. Sarenson oferece particularidades que o torna diferente de todos os outros casos nos quais tal princípio já foi aplicado.

A partir desse exemplo Dworkin busca desenvolver sua teoria geral do direito argumentando que a moral está diretamente envolvida na concepção do que é o Direito. Exemplifica Dworkin que, se no território em que ocorreu o caso da Sra. Sarenson a lei dissesse que ninguém pode ser condenado por reparação de danos a menos que a outra parte comprove a sua culpa no evento, certamente a demanda da Sra. Sarenson seria improcedente, mas, ainda assim, essa conclusão estaria fundada em critérios de moralidade política, a qual levou o Poder Legislativo local a elaborar tal norma. Para Dworkin *“seria um erro pensar que a moral, nesse caso, não estaria desempenhando papel algum nesse julgamento. Ela tem um papel importante na interpretação do papel constitucional do Poder Legislativo.”* (DWORKIN, 2010, pg. 25). E se os Juristas divergirem acerca da natureza dessas razões morais, também vão divergir a respeito do direito que esse poder legislativo criou. Portanto, para Dworkin, a moral desempenha um papel muito relevante na interpretação das normas jurídicas. Um positivista poderia dizer, por exemplo, que no caso da Sra. Sarenson, tendo em vista que a lei (*Civil Law*), ou a jurisprudência (*Comum Law*) determina que ninguém pode ser condenado sem que haja prova de sua responsabilidade, essa deveria ser a conclusão do julgador no caso concreto. Mas essa conclusão, na visão de Dworkin, não deixa de ter fundamento em critérios de moralidade, só que neste caso trata-se de uma moralidade política ou democrática, segundo a qual as regras impostas poder legislativo, constituído para tal fim, devem ser respeitadas.

Dworkin, no entanto, indaga se no estágio da decisão judicial o magistrado não pode, em certos casos, ignorar a lei quando esta for injusta ou insensata e até mesmo usar seu poder político para impedir a injustiça e ou ineficiência. Aqui, saber se um juiz pode ignorar a lei ou mesmo contrariá-la para, no caso concreto, dar a solução que entende ser a mais justa é outra questão

moral, não mais no sentido de saber se a moral influencia a concepção do que é o direito, mas se este modo de agir do julgador lhe é moralmente permitido. Neste ponto o autor vai divergir do positivismo jurídico. Enquanto para o positivismo a Moral deve ser totalmente separada do Direito e não influenciar a decisão do magistrado, para Dworkin essa separação é impossível. Respondendo a críticas de seus opositores, Dworkin afirma:

“a moral tem um papel a desempenhar em dois pontos distintos da teoria jurídica: no estágio teórico, quando se atribui valor à prática jurídica; e no estágio da decisão judicial, quando os juízes são instados a fazer a justiça... Mas as duas inserções da moral são distintas. (...) em minha opinião, o valor da integridade que deveríamos atribuir à prática da justiça atravessa o estágio doutrinário e chega até o estágio da decisão judicial porque, argumento, a integridade exige que os juízes considerem a moral em alguns casos, inclusive neste, tanto para decidirem o que é o direito quanto sobre o modo de honrarem suas responsabilidades de juízes.” (DWORKIN, 2010, pg. 31).

E conclui:

“...a diferença não se encontra entre teorias que incluem e teorias que excluem a moral, mas entre teorias que a introduzem em estágios distintos de análise, com consequências diferentes para o juízo político final com que vai se consumir uma teoria jurídica completa.” (DWORKIN, 2010, pg. 31).

Portanto, segundo o autor, a moral não pode ser separada do Direito porque, em um ou noutro estágio da teoria jurídica, seja no estágio teórico, seja no estágio da decisão ela está impregnada na concepção acerca do que é o direito.

Em suma, essa é uma rápida e insuficiente análise interpretativa que se buscou fazer da obra “*A Justiça de Toga*” (DWORKIN, 2010). Longe de querer desvendar o pensamento desse autor, com a presente resenha pretende-se, simplesmente, fazer um convite para que os estudiosos do direito e de áreas afins que ainda não tiveram contato com a obra possam ser nela introduzidos.

Aleksandro Clemente é advogado e professor universitário em São Paulo, Mestrando em Direito pela PUC-SP, Pós-graduado (lato sensu) em “Governo e Poder Legislativo” pela UNESP e em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Mackenzie.

BIBLIOGRAFIA

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Ed. Martins Fontes, 2010 - Tradução: Jefferson Luiz Camargo.