

ENTENDENDO OS PRINCÍPIOS ATRAVÉS DE RONALD DWORKIN

Renato Luiz Miyasato de Faria ¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar os ensinamentos de Ronald Dworkin frente ao direito, à sua interpretação e integridade, para verificar a existência de princípios que interagem com as normas e são aplicados, mais especificamente, nos casos de difícil resolução (hard cases).

PALAVRAS-CHAVE: Dworkin. Direito. Interpretação. Integridade. Princípios.

ABSTRACT: *The present article (ou simplesmente "This article") aims to analyse Ronald Dworkin's lessons faced to law, its interpretation and integrity, to verify the existence of principles that interact with the norms and are applied, specifically to the hard cases.*

KEY WORDS: *Dworkin. Law. Interpretation. Integrity. Principles.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a contribuição de Ronald Dworkin para a compreensão do ordenamento jurídico, notadamente quanto à importância dos princípios jurídicos, independentemente de seu trabalho estar inserido no âmbito dos países de origem anglo-americana, do *Common Law*.

A abordagem da importância da interpretação é muito interessante, pois alerta o autor que as decisões judiciais estão vinculadas mais ao posicionamento social e ideológico do juiz do que às normativas legislativas². Vê a interpretação como um processo de construção, uma evolução em decorrência da própria mudança social. No tocante à integridade do direito colhe-se a lição de que o ordenamento, como um todo, é único e formado dia a dia pela nova realidade. O enfoque principiológico tem por finalidade

¹ Mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI. Juiz do Trabalho titular da 1ª VT de Dourados/MS.

² "As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o 'sentido' – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelos menos nos detalhes, daqueles de outros juizes". "(...) Juizes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagonicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juizes será afiada por diferentes ideologias". "[...] De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria 'progressista'. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas" (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's empire*, p. 110, 111 e 112, respectivamente).

identificar a existência de preceitos morais no seio do Direito. Tudo para dar uma única resposta correta aos casos difíceis³.

O QUE É O DIREITO?⁴

O autor ensina que é importante entender o modo como os juízes decidem os casos, pois a decisão dos casos concretos, submetidos ao judiciário dependem muito mais “de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo”⁵. Pois, os efeitos de uma decisão judicial extrapolam a reparação material, que porventura possa ter, infligindo um dano moral ao membro injustiçado daquela comunidade, estigmatizando-o. Em razão desses efeitos exteriores, a “lei freqüentemente se torna aquilo que o juiz afirma”⁶. Pontua a atuação judicial para explicar o cotidiano, e mostrar que a discricionariedade no exercício da função julgadora deve ser combatida.

Muito embora, reconheça que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante, sem outros antecedentes, assevera que “a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado”⁷.

As discussões a respeito desta função criadora entendem, ora que estes juízes são maus, usurpadores, destruidores da democracia, ora que os juízes devem tentar melhorar a lei sempre que possível, sendo mau juiz aquele que é rígido e mecânico⁸. Parte-se da premissa de que a prática do direito é *argumentativa*, pois deve ser descoberto mediante a observação de como os povos, que dispõem de um direito, o reivindicam; notadamente o que dizem os juízes, porque o “argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”⁹.

³“A tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronaldo Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karan, GUBERT, Roberta Magalhães e COPETTI NETO, Alfredo (org.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 21).

⁴“A tese da única resposta correta pressupõe, indissociavelmente, uma reconstrução acerca do que é Direito moderno de uma sociedade democrática compreendida como comunidade de princípios: o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, nem se dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. E também como interpretar o Direito: para além do dilema entre descobrir ou inventar uma decisão, a tese segundo a qual o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Ibidem*, p. 22).

⁵DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Obra citada, p. 3.

⁶DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 4.

⁷DWORKIN, *ibidem*, p. 9.

⁸DWORKIN, *ibidem*, p. 11.

⁹DWORKIN, *ibidem*, p. 19.

Dworkin entende que uma comunidade política, como uma associação de princípios, deve ser voltada para uma virtude da política comum¹⁰. E, o Direito que resulta não se esgota em nenhum catálogo de regras ou princípios, tampouco em uma lista de autoridades e seus poderes, sendo, antes: uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, com caráter construtivo colocando o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado e, ainda uma atitude fraterna porque os indivíduos são unidos pela comunidade, apesar de divididos pelos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, “[...] o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser”¹¹.

Para fundamentar seu posicionamento afirma que o direito deve ser considerado como uma integridade, e para tanto necessita da interpretação e dos princípios.

PRINCÍPIOS

Em contraposição ao positivismo jurídico¹², o direito deve ser visto como integridade, composto pelas regras escritas e, ainda, pelos princípios¹³. Em geral, utiliza-se do termo princípio para “indicar todo o conjunto de padrões que não são regras”, e, por vezes, faz uma distinção entre princípios e políticas. Assenta:

¹⁰ DWORGIN, *ibidem*, p. 490.

¹¹ DWORGIN, *ibidem*, p. 492.

¹² Positivismo jurídico deve ser entendido como a corrente que entende ser o Direito restrito às normas positivadas e, juspositivismo como a doutrina que prega a formalização do Direito em um sistema fechado e hierárquico das normas produzidas de acordo com o processo legislativo.

“Ele consiste fundamentalmente na identificação do ‘direito’ com o ‘direito positivo’. Direito natural, princípios de justiça e conceitos semelhantes estão fora do campo da ciência do direito” (MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 252).

“Para Kelsen, como vimos, o Direito não é senão um sistema de preceitos que se concatenam, a partir da Constituição, que a norma fundamental manda cumprir, até aos contratos privados e às sentenças. Desse modo, a concepção kelseniana redundava em um monismo normativista, do ponto de vista da atividade jurisprudencial. Consiste essa doutrina em dizer que para o jurista a realidade não pode ser vista a não ser como um sistema de normas que se concatenam e se hierarquizam. Todo mundo jurídico não é senão uma seqüência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é ‘condição lógico-transcendental’ do conhecimento jurídico” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 476).

¹³ Para situar a questão no direito pátrio, o ordenamento jurídico é um sistema aberto de regras e princípios. Conforme as seguintes lições:

“A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330).

Assenta Streck: “... a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito, porque, através dos princípios, passa a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229).

Pode-se, por final, aceitar a orientação de Dworkin quando analisa o conceito de obrigação jurídica, para quem: “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juizes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras” (DWORGIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Taking rights seriously*, p. 46-7)

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ 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 moralidade¹⁴.

Em relação a essa distinção, que pode andar em um mesmo sentido e modo, Lenio Streck assenta que Dworkin ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos possibilita aos intérpretes inúmeras possibilidades para a construção de respostas coerentes com o direito positivo – conferindo uma blindagem contra discricionariedades judiciárias (conhecida, também, como segurança jurídica) – e com a “grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade”¹⁵. O que equivale dizer: as leis, os contratos e as decisões judiciais devem observância aos preceitos políticos-axiológicos constantes da Carta Magna e, não somente àqueles princípios de estrito cunho jurídico (legalidade, anterioridade, devido processo legal ...).

Note-se que o autor trata a questão no âmbito do direito consuetudinário, sem a positivação existente no Brasil. O posicionamento de Dworkin é aceito, no geral, com a integridade do direito e a normatização dos princípios. Ocorre que, neste país os princípios fazem parte do ordenamento jurídico e estão submetidos axiologicamente à sociedade política¹⁶, o que dá maior força ao argumento.

A distinção entre os princípios, no sentido genérico, e as regras é de natureza lógica¹⁷. As últimas são aplicáveis, via de regra, de forma disjuntiva, à maneira do tudo-

¹⁴ Acrescenta: “Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número) [...] Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetos” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Obra citada, p. 36 e 141).

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Obra citada, p. 306.

¹⁶ Deve ser registrado que o conceito não é de todo adotado, pois estaríamos em outro nível de desenvolvimento doutrinário e social que não mais admite a positivação jurídica pura.

“... Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissárias e sociais como a brasileira” (STRECK, Lenio Luiz, ob. cit., p. 315).

“Note-se que o arquétipo de positivismo utilizado por Dworkin certamente é compatível com o pensamento oitocentista da revolução francesa, que conferia absoluta preeminência à atividade legislativa e era infenso à penetração de vetores axiológicos no sistema, máxime quando tal se desse pela pena dos juízes. No entanto, não se harmoniza com o atual estágio de evolução do pensamento positivista, sensível aos valores sociais e à sua importância no delineamento da norma de conduta. Esses valores, em verdade, penetrariam no sistema por meio das regras e dos princípios, explícitos ou implícitos, nele integrados, não sendo necessário atribuir-lhes uma individualidade existencial própria utilizando-se de metáfora dos ‘princípios extra-sistêmicos’ (GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais: esboço de uma Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 186).

¹⁷ “Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Ibidem*, p. 39).

ou-nada (all-or-nothing), presentes os pressupostos de fato previstos, então ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; podem conter exceções, casos em que devem ser arroladas da forma mais completa, sob pena de ser inexata. Os princípios funcionam de outra forma, pois não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, possuem uma dimensão de peso ou importância (*dimension of weight*)¹⁸.

Quando os princípios se inter cruzam (colidem) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um (ponderação), e, como essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, deve ser feita a pergunta no sentido de quão importante ele é?. Quando as regras colidem devem ser aplicadas as regras de antinomia¹⁹. Os princípios, como são uma aproximação entre o direito e a moral, teriam lugar na resolução dos casos difíceis (*hard cases*)²⁰.

No tocante às normas, ensina que existem dois sentidos da expressão lei, no sentido formal como uma entidade física ou um documento; e, materialmente “para descrever o direito criado ao se promulgar o documento”²¹. Distinção utilizada para separar o conteúdo do continente.

O Direito é a conjunção entre leis em sentido estrito e princípios, que interagem quando da resolução dos casos em concreto, o que deve ser aplicado quando da interpretação a ser desenvolvida. Para Lenio Streck:

Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra²².

No campo trabalhista, busca-se a proteção da vida, da dignidade da pessoa, da valorização do trabalho, que são vetores principais na aplicação da legislação trabalhista, mesmo a constitucional. Estes valores os legisladores e aplicadores do direito devem ter

¹⁸ DWORIN, Ronald. *Ibidem*, p. 39-40.

¹⁹ “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes” (DWORIN, *ibidem*, p. 43).

²⁰ DWORIN, *ibidem*, p. 127 e ss.

Verifique-se a lição de Eros Grau: “... em determinados casos, sobretudo nos casos difíceis, quando os profissionais do direito arrazoam ou disputam sobre direitos e obrigações legais, fazem uso de pautas (standarts) que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como princípios, diretrizes (policies) ou outra espécie de pauta. Propõe-se, então, a usar o vocábulo princípio genericamente, para referir, em conjunto, aquelas pautas que não são regras; em outras ocasiões, no entanto – adverte – é mais preciso, distinguindo entre princípios e diretrizes” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 156).

²¹ DWORIN, Ronald. *O império do direito*. Op. cit., p. 21.

²² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 250.

como fundamento para o desempenho de suas funções estritas, porque a vida é muito mais importante para a comunidade do que o lucro, como ocorre diariamente (na fábrica) com a monetarização da saúde do trabalhador²³. A comunidade elegeu determinados pontos sobre os quais se fundamenta, e esses servem para dar coerência ao sistema²⁴.

INTERPRETAÇÃO

Na interpretação das leis deve ser considerado o contexto histórico, os princípios gerais de direito, ou seja, “os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito”²⁵. Por duas razões: a) porque presume-se que o legislador tenha respeito aos princípios tradicionais da justiça e, b) a lei faz parte de um todo e, o seu sentido deve apresentar coerência ao sistema.

Várias são as formas de interpretação, conforme enuncia: a) conversação entre sujeitos – os sons e sinais emitidos, b) científica – existe uma coleta de dados e depois a interpretação, c) artística – os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a partir de algum ponto de vista do seu significado, tema ou propósito. A interpretação da prática social é semelhante à artística, pois “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como a interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”²⁶.

O autor pretende uma *interpretação construtiva*, o que seja: “é uma questão de 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”²⁷. Assenta que a função do paradigma é a de ser tratado como exemplo concreto das interpretações plausíveis, não obstante, possa ser contestado por uma nova interpretação que considere melhor outro paradigma e, deixe o primeiro, por considerá-lo um equívoco²⁸.

O juiz ao decidir um caso age como um crítico literário, ao analisar várias dimensões de valor em uma peça ou em um poema complexo. A interpretação é como um romance em cadeia, cada um escrevendo o seu capítulo no desenrolar do tempo; esses

²³ “... quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa ‘conduta interpretativa’, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, *ibidem*, p. 335).

²⁴ “Esse ‘processo’ implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade)” (STRECK, *ibidem*, p. 272-3).

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Op. cit., p. 25.

²⁶ DWORKIN, *ibidem*, p. 61.

²⁷ DWORKIN, *ibidem*, p. 63-64.

²⁸ DWORKIN, *ibidem*, p. 89.

capítulos devem ser entendidos como as decisões judiciais, e os precedentes devem ser considerados toda vez que o próximo caso for decidido. Cada um dos escritores deve escrever sua parte de “modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa traduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”²⁹. Para Streck a interpretação parte de outras interpretações, da parte para o todo e do todo para a parte, colocando em xeque os pré-juízos não verdadeiros e, compreendendo os pré-juízos, a interpretação sofre uma contínua transformação (por isso as decisões não podem ser ‘fundamentadas’ mediante as simples citação de emen-tários, enunciados ou súmulas)³⁰.

Até a Justiça é uma instituição interpretada, e, segundo o momento histórico vivido existe uma concepção de justiça³¹; crime, castigo, dívida são reinterpreta-dos suces-sivamente. Os filósofos políticos não podem estabelecer teorias semânticas para o concei-to de justiça, contudo, tentam “aprender o patamar do qual procedem, em grande par-te, os argumentos sobre a justiça, e tentar descrever isso por meio de alguma proposição abstrata adotada para definir o ‘conceito’ de justiça para sua comunidade, de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser entendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito”³².

INTEGRIDADE NO DIREITO

O direito deve ser entendido como integridade³³, negando que as manifesta-ções do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados pra o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Leciona o autor:

[...] começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o di-reito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facil-mente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza³⁴.

²⁹ DWORKIN, *ibidem*, p. 276.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Obra citada*, p. 301.

³¹ “Em sua maior parte, porém, os filósofos da justiça respeitam e usam os paradigmas de sua época” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. *Ibidem*, p. 93).

³² DWORKIN, *ibidem*, p. 91.

³³ “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” (STRECK, Lenio Luiz. *Ob. cit.*, p. 306).

³⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. *Ibidem*, p. 274.

Divide as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos: a) integridade na legislação, direcionado ao legislador para que seja mantida a coerência aos princípios; b) integridade no julgamento, em que a lei deve ser cumprida coerentemente com todo o conjunto, ou seja, “os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma [...]”³⁵. Explicado por Streck: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um *princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja visto como coerente nesse sentido*”³⁶; “o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto”³⁷.

Partindo da presunção de que o direito, como um todo, foi criado por um único ato – a comunidade personificada, o *princípio judiciário de integridade* instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Vale dizer, 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”³⁸. É diferente, pois é produto da “interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”³⁹.

Para utilizar e aplicar a integridade, o autor criou a figura do Juiz Hércules “dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação”⁴⁰; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta⁴¹.

O ponto de vista do juiz Hércules não é positivista, é diverso: “a idéia do propósito ou da intenção de uma lei não como uma combinação dos propósitos ou intenções de legisladores particulares, mas como o resultado da integridade”⁴², considerando os antecedentes históricos até o momento decisório. O método de Hércules não se conforma com a hipótese de que a lei mantém o mesmo significado durante toda sua existência, a interpretação tem que ser feita “não só do texto da lei, mas também da sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento”⁴³, ou seja, a interpretação é contínua e muda à medida que a história vai se transformando.

³⁵ DWORKIN, *ibidem*, p. 203.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *Ibidem*, p. 230 (grifos no original).

³⁷ STRECK, *ibidem*, p. 233.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. *Ibidem*, p. 271-272.

³⁹ DWORKIN, *ibidem*, p. 274.

⁴⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Obra citada*, p. 23.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *Ibidem*, p. 315.

⁴² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. *Op. cit.*, p. 379-380.

⁴³ DWORKIN, *ibidem*, p. 416. *Confira-se, ainda, na mesma obra: “Podemos agora esquecer a imagem que os juristas nostálgicos celebram do direito dentro e além do direito. O direito que temos, o direito contemporâneo e concreto para nós, é determinado pela integridade inclusiva. Esse é o direito do juiz, o direito que ele é obrigado a declarar e colocar em vigor. O direito contemporâneo delimita suas ambições para si próprio; esse direito mais puro é definido pela integridade pura. Compõe-se de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do direito contemporâneo, posto que não são vistos a partir da perspectiva de nenhuma instituição em particular, abstraído, desse modo, todas as restrições de equidade e de processo que a integridade inclusiva exige” (p. 485). “O direito contemporâneo tateia em direção ao direito puro, quando surgem estilos de decisão que parecem satisfazer a equidade e o processo, trazendo o direito para mais perto de sua própria ambição; os juristas declaram estar otimistas em relação a este processo quando afirmam que o direito se purifica” (p. 485).*

A história está sempre em movimento, e as leis antiquadas não são adaptadas aos novos tempos, de tal sorte que se reconhece a própria transformação das leis⁴⁴. O direito é sempre interpretado, parte-se do pressuposto de que as condições temporais de cada uma das decisões influenciam a maneira como a comunidade reconhece determinados fatos sociais. Não basta que o legislador atribua certa consequência jurídica a determinada conduta humana, para que se aplique a sanção prevista; o ordenamento como um todo, de um Estado Democrático de Direito, deve dar guarida àquela determinação positivada⁴⁵.

Considerando o ordenamento jurídico como um todo, desponta no ápice a Constituição e, como decorrência o controle de constitucionalidade de leis e atos de órgãos públicos⁴⁶. Tal controle não é decorrente da tirania, e sequer usurpa o poder democrático. A intervenção é feita a serviço mais consciencioso sobre o que é, de fato, o dizer da Constituição mãe e guardiã da democracia⁴⁷.

SEARA TRABALHISTA

O texto se amolda bastante ao que acontece por aqui, no mundo do trabalho, com relação às reiteradas ações veiculando pedidos semelhantes, onde o Judiciário Trabalhista é desafiado a interpretar qual é o princípio jurídico trabalhista aplicável.

Neste momento são analisados dois julgados que reconhecem a integridade do direito. Foram utilizados estes casos, apenas de forma exemplificativa, sem qualquer outra avaliação crítica, como demonstração de que a tese dworkiana tem que ser lembrada, sempre, pois o direito é feito em capítulos que devem manter coerência entre si.

CASO 01⁴⁸:

⁴⁴ DWORKIN, *ibidem*, p. 419.

⁴⁵ “Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em ‘omissão da lei’ que pode ser ‘preenchida’ a partir da analogia (sic), dos costumes (quais?) e dos princípios gerais de direito”. O direito é um sistema íntegro, capitaneado pelos princípios, logo, não são as lacunas da lei que devem ser “preenchidas” pelos princípios, mas ao inverso, os princípios é que informam, ou “preenchem”, o sistema positivado de regras. O positivismo jurídico exige que todas as relações estejam previstas, para que haja uma vinculação expressa à letra da lei, o que deve ser superado pois o ordenamento jurídico é maior e mais complexo [...] “... o princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit., p. 266).

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Op. cit., p. 427.

⁴⁷ DWORKIN, *ibidem*, p. 476.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR - 1040/2006-005-10-00, publicação: DJ - 09/05/2008. Relator: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4402125.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 26/08/09. “PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS – CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO – OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS - CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E DA PRIMAZIA DA REALIDADE – ARTIGOS 9º E 444 DA CLT. 1. A discussão dos autos cinge-se à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em confronto com o que dispõe o art. 224 da CLT. 2. As peculiaridades da consolidação e institucionalização do direito do trabalho, no contexto do Estado Social, refletiram na formação de seus princípios basilares, como os da proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade. 3. O princípio da irrenunciabilidade decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do direito do trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos.

O quadro fático desenhado no acórdão é o seguinte: uma empresa, do setor bancário, implementa um plano de cargos e salários fixando, dentre outros pontos, uma comissão para o exercício de certas funções “de confiança”, com jornada superior a 6 hs/dia, cujo aceite do empregado é livre; a pretensão exordial é de pagamento da 7ª e 8ª horas trabalhadas como extras; no caso julgado restou provado que o exercício daquela função não exigia uma fidúcia especial; o TST entendeu que o pagamento de uma gratificação para o ocupante de um cargo que não exige confiança especial não gera direito à extensão da jornada do bancário além da sexta diária.

A decisão enfocada assenta-se no princípio da integridade do direito, pois os princípios da (1)irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da (2)primazia da realidade são oriundos da “exacerbada exploração do homem pelo homem, propiciada pelo laissez-faire, laissez-passer, e os excessos provocados pela abstrata igualdade meramente jurídica entre os indivíduos fatores que conduziram, no bojo do Estado Social, à consolidação e institucionalização do direito do trabalho. Em outras palavras, este ramo do direito surgiu (e continua) exatamente com o desafio de controlar os exageros do capi-

Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura. 4. Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, é justamente esse princípio ao lado do princípio protetor - que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas. 5. Não se trata, nesse último caso, de conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir. 6. Nesse sentido, dois parâmetros são importantes. O primeiro é afirmar a carga deontológica dos direitos, como condição necessária e indispensável para levá-los a sério. O segundo é encarar o direito a partir da premissa da integridade. 7. A premissa do direito como integridade é relevante sobretudo quando se enfrenta uma questão jurídica como a presente em uma perspectiva principiológica, o que, a seu turno, mostra-se ainda mais importante no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. 8. No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o direito do trabalho em nosso ordenamento jurídico. 9. Assim, se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade. 10. A validade da opção discutida in casu encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no título III da CLT, que trata exatamente Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho. 11. A prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A conduta adotada pelas partes na hipótese vertente volta-se diretamente contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho. 12. Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº 102, I: a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos. 13. Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência da declaração de vontade à prática efetiva. 14. Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho. 15. Vale acrescentar que não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT. 16. Assim, na hipótese vertente, a opção feita pelo Reclamante é nula de pleno direito, por contrariar os artigos 9º e 444 da CLT e os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade. 17. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, caput, da CLT. Embargos conhecidos e parcialmente providos” (Número único proc: E-RR - 1040/2006-005-10-00, publicação: DJ - 09/05/2008, excerto do voto. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - ministra-relatora.

talismo no Estado Liberal”⁴⁹. O primeiro princípio decorre da desigualdade econômica na qual se encontra o trabalhador, o que fragiliza a sua livre escolha; e o segundo da premissa que os fatos são mais importantes do que a roupagem formal a eles atribuída.

Portanto, a construção “em cadeia” do direito aponta para a expulsão daqueles posicionamentos que se encontram em dissintonia com as bases tradicionalmente aceitas, sem que tenha havido uma modificação peculiar na sociedade a ponto de modificá-las. Ou seja, a proteção do trabalhador, cuja situação ainda é de precariedade em relação ao capital, tem que prevalecer sobre a pretensa alegação de preservação da boa-fé ou da teoria do conglobamento; aceitar a tese empresarial seria desmontar toda a fundação sobre a qual se encontra edificado o Direito do Trabalho.

CASO 02⁵⁰:

Neste julgado, o Tribunal Superior do Trabalho, entendeu que a (1)modificação do labor prestado em (2)turno ininterrupto de revezamento (3) com jornada de 8hs/dia para (4)turno fixo é (5)benéfica, mas o (6)sobrelabor habitual (duas horas em razão da redução da jornada em turnos de revezamento) tem que ser indenizado.

Os princípios do Direito do Trabalho que têm incidência aqui são: o do *ius variandi* do empregador e, os da inalterabilidade contratual lesiva ao empregado e da irredutibilidade salarial. O voto vencedor, reconhecendo a integridade do direito, assenta

⁴⁹ Conforme voto do julgado mencionado.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR – 785683/2001, publicação: DJ – 29/07/2007. Relator: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 26/08/09. “TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO – ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – TURNOS FIXOS – SUPRESSÃO DE SOBREJORNADA – SÉTIMA E OITAVA HORAS – DIREITO A INDENIZAÇÃO. 1. O ordenamento jurídico prevê certas situações em que se justifica o exercício do *ius variandi*, não gerando nenhum direito para o empregado ou dever para o empregador. Em outras hipóteses, é reconhecida a validade da referida prerrogativa patronal, mas há uma espécie de sanção – que não compromete, contudo, a validade do ato – ao empregador, em favor do empregado. 2. Tais modificações das condições de trabalho, pelo empregador, podem produzir dois efeitos (não-excludentes): de um lado, há vantagem social; de outro, efeito, em regra pecuniário, desfavorável ao empregado. O ordenamento jurídico prima pelo equilíbrio entre ambos. Quando falta esse equilíbrio, há a previsão de sanção, de caráter indenizatório, buscando seu restabelecimento. 3. Partindo da noção de direito como integridade, percebe-se que as possibilidades de exercício do *ius variandi* aceitas pelo ordenamento jurídico contêm implícitos os seguintes princípios: se o benefício social advindo da alteração contratual compensa eventual prejuízo sofrido pelo empregado, não há nenhuma sanção ao empregador (como na hipótese da Súmula nº 265 desta Corte, que trata da perda do direito ao adicional noturno, diante da mudança do turno de trabalho); do contrário – isto é, se não há a referida compensação, por não existir o benefício social, ou por ser este ínfimo –, o ordenamento impõe sanção ao empregador, com o fim de restabelecer aquele equilíbrio (como no caso da Súmula nº 291 do TST, pertinente à supressão das horas extras habituais). 4. O labor em turnos ininterruptos de revezamento, em nosso ordenamento jurídico, é considerado prejudicial ao empregado, pois compromete a saúde física e mental, além do convívio social e familiar. Não por outra razão, a Constituição da República, em atenção aos desgastes produzidos nesse sistema de trabalho, assegura jornada reduzida de seis horas (art. 7º, XIV). 5. Na hipótese de modificação do regime laboral, ou seja, do sistema de turnos ininterruptos para o de turnos fixos, o benefício social daí advindo compensa o prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do acréscimo da jornada, que passará a ser de oito horas (não havendo, porém, alteração na remuneração mensal). Nesse caso, o ordenamento jurídico reconhece o equilíbrio entre a vantagem social e o aumento da duração do labor. 6. O caso vertente, entretanto, contém uma peculiaridade: o Autor, embora submetido ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento, cumpria jornada de oito horas, devendo ser remuneradas como sobrejornada a sétima e a oitava. Desse modo, a alteração para o regime de turnos fixos – também com oito horas diárias – gerou vantagem social que não compensa, per se, o decréscimo pecuniário sofrido pelo empregado (produzido pela supressão da sobrejornada). Necessário é, assim, o pagamento de indenização, que visa ao restabelecimento daquele equilíbrio. Conclui-se, então, pela aplicação da Súmula nº 291 desta Corte à espécie.” Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados: TST-E-AIRR-1289/2001-020-15-40.0, TST-ED-RR-600.623/1999.0 e TST-RR-714.856/2000.4.

que as possibilidades de exercício do *ius variandi* estão vinculadas ao equilíbrio entre o benefício social e o eventual prejuízo sofrido pelo empregado; quando o trabalhador for prejudicado o ordenamento impõe sanção ao empregador (*v.g.*: súmulas n^{os} 372, I, e 291 do TST), e, em caso negativo acolhe-se a alteração (cf. súmula n^o 265/TST).

Embora a modificação do turno de revezamento para um horário fixo de trabalho seja benéfica ao trabalhador, o labor extraordinário ocorrido no momento anterior (oito horas por dia no turno de revezamento, sendo duas como extras) implica em um decréscimo pecuniário, devendo ser paga uma indenização, conforme entendimento súmula n^o 291 do TST.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, são extraídos os seguintes ensinamentos: a) a percepção dos verdadeiros fundamentos do direito é importante, razão por que devem ser utilizados os antecedentes; b) a lei pode ser entendida formal e materialmente; c) os paradigmas devem ser avaliados sempre, de forma a melhorar a interpretação ou para serem rejeitados se equivocados; d) até o conceito de Justiça é passível de interpretação, pois dependente do local, tempo e cultura; e) a integridade do direito é uma constatação, estando vinculada ao tempo, pois devem ser considerados os motivos anteriores e posteriores à lei, até o momento do julgamento; f) o método do juiz Hércules é trabalhoso, pois deve-se ter uma visão geral da sociedade e do direito como historicidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law's empire.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: A matter of principle.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**: esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karan, GUBERT, Roberta Magalhães e COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Direito & literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

