



A legitimação interna do sistema jurídico na dimensão da validade do direito à luz da tese da resposta correta da teoria dos princípios de Ronald Dworkin

The internal legitimation of the legal system in the dimension of the validity of law in light of the thesis of the correct answer of Ronald Dworkin's theory of principles

La legitimación interna del sistema jurídico en la dimensión de la vigencia del derecho a la luz de la tesis de la respuesta correcta de la teoría de principios de Ronald Dworkin

DOI: 10.55905/revconv.17n.2-369

Originals received: 01/02/2024

Acceptance for publication: 02/12/2024

Roberto Antônio Darós Malaquias

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Endereço: Vitória - Espírito Santo, Brasil

E-mail: roberto.daros@outlook.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8996-6765>

Carlos Henrique Bezerra Leite

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos

Instituição: Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Endereço: Vitória - Espírito Santo, Brasil

E-mail: chbezerraleite@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7487-0971>

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a “tese da resposta correta”, contida na Teoria dos Princípios, de Ronald Dworkin, também conhecida como Teoria Liberal do Direito. Os direitos individuais são a fundamentação teórica para a elaboração de um novo conceito de direito, partindo das deficiências encontradas nos estudos sobre o positivismo jurídico, de Herbert Hart. A contribuição da pesquisa de Dworkin sobre como o direito absorve as demandas sociais, posiciona-se na centralização da atividade judicante do magistrado. A crítica central é a constatação de que os juízes não decidem somente com base em regras. O direito não seria um sistema exclusivamente formado por regras, mas composto de regras e princípios. Na conceituação de Dworkin, o magistrado é um jurista idealista que deve se guiar pelos parâmetros de um juiz especial, extremamente forte e potencialmente perfeito, que ele denominou de “juiz Hércules”. Esta terminologia metafórica se refere ao ato de criação no sistema jurídico, denominado “*autopoiesis*”, que é a autoprodução do direito. Utilizou-se o método indutivo, com abordagem híbrida e epistemologia cognitiva de observação direta do fenômeno analisado. A atividade interpretativa é a forma de legitimação do próprio procedimento jurídico, em que o juiz reconstrói a realidade na análise do caso concreto. A virtude da integridade na sentença judicial



deve ser vista de modo diferente da mera coerência judicial. Trata-se da potencialização da sentença pela dedicação e competência do magistrado, sendo essa a definição de Dworkin para a única resposta correta, significando ter encontrado “a melhor decisão judicial”.

Palavras-chave: tese da resposta correta, Ronald Dworkin, validade do direito, sistema jurídico, jurisdição.

ABSTRACT

This research aims to analyze the “right answer thesis”, contained in the Theory of Principles, by Ronald Dworkin, also known as Liberal Theory of Law. Individual rights are the theoretical foundation for the elaboration of a new concept of law, starting from the deficiencies found in studies on legal positivism, by Herbert Hart. The contribution of Dworkin's research on how law absorbs social demands is positioned in the centralization of the magistrate's adjudicating activity. The central criticism is the finding that judges do not decide solely on the basis of rules. Law would not be a system exclusively formed by rules, but composed of rules and principles. In Dworkin's conceptualization, the magistrate is an idealistic jurist who must be guided by the parameters of a special judge, extremely strong and potentially perfect, which he called the “Hercules judge”. This metaphorical terminology refers to the act of creation in the legal system, called “*autopoiesis*”, which is the self-production of law. The inductive method was used, with a hybrid approach and cognitive epistemology of direct observation of the analyzed phenomenon. Interpretive activity is the form of legitimization of the legal procedure itself, in which the judge reconstructs reality in the analysis of the specific case. The virtue of integrity in judicial sentencing must be seen differently from mere judicial coherence. This is the enhancement of the sentence due to the dedication and competence of the magistrate, this being Dworkin's definition of the only correct answer, meaning having found “the best judicial decision”.

Keywords: right answer thesis, Ronald Dworkin, validity of law, legal system, jurisdiction.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo analizar la “tesis de la respuesta correcta”, contenida en la Teoría de Principios, de Ronald Dworkin, también conocida como Teoría Liberal del Derecho. Los derechos individuales son el fundamento teórico para la elaboración de un nuevo concepto de derecho, a partir de las deficiencias encontradas en los estudios sobre positivismo jurídico, de Herbert Hart. El aporte de la investigación de Dworkin sobre cómo el derecho absorbe las demandas sociales se sitúa en la centralización de la actividad judicial del juez. La crítica central es la observación de que los jueces no deciden basándose únicamente en reglas. El derecho no sería un sistema formado exclusivamente por reglas, sino compuesto de reglas y principios. En la conceptualización de Dworkin, el magistrado es un jurista idealista que debe guiarse por los parámetros de un juez especial, extremadamente fuerte y potencialmente perfecto, al que llamó el “juez Hércules”. Esta terminología metafórica se refiere al acto de creación en el sistema jurídico, llamado “*autopoiesis*”, que es la autoproducción del derecho. Se utilizó el método inductivo, con un enfoque híbrido y epistemología cognitiva de observación directa del fenómeno analizado. La actividad interpretativa es la forma de legitimación del propio procedimiento jurídico, en la que el juez reconstruye la realidad en el análisis del caso concreto. La virtud de la integridad en las sentencias judiciales debe verse de manera diferente a la mera coherencia judicial. Se trata del enriquecimiento de la pena debido a la dedicación y competencia del



magistrado, siendo esta la definición de Dworkin de la única respuesta correcta, es decir, haber encontrado “la mejor decisión judicial”.

Palabras clave: tesis de respuesta correcta, Ronald Dworkin, vigencia de la ley, sistema jurídico, jurisdicción.

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado neste artigo tem como objetivo analisar a Teoria dos Princípios, de Ronald Dworkin, também conhecida como Teoria Liberal do Direito, tendo como núcleo central da pesquisa a tese da resposta correta (“*right answer thesis*”), tendo em vista a elaboração do conceito de direito partindo das deficiências encontradas nos estudos de Herbert Hart sobre o positivo jurídico, fundamentada nos direitos individuais.

Diversas correntes filosóficas seguem no sentido de afirmar que a busca pela única resposta correta para as demandas judiciais são uma ficção que cumpre a função útil dentro do espaço da prática jurídica com o objetivo de dissimular o poder político dos juízes.

Assim, a tese da resposta correta é inatingível, segundo essa mencionada tendência ideológica, tendo em vista que quase nunca pode ser detectada, prevalecendo o raciocínio discricionário na tomada de decisões judiciais, em que o direito estabelece algumas margens para sua aplicação. Entretanto, a essência da decisão judicial consiste na posição consolidada do ato subjetivo, discricionário e solipsista por parte dos magistrados, aplicadores do direito.

Observa-se que tradicionalmente o juiz positivista busca e identifica em cada caso que lhe é apresentado, um encaixe por intermédio do “raciocínio silogístico”. Desta forma, quando as regras pontuadas se amoldarem aos fatos apresentados no litígio, tendo o sentido estabelecido no passado, serão aplicadas essas mencionadas regras. O problema ocorre quando se verifica a ausência de norma previamente estabelecida para o encaixe ao caso concreto apresentado que é denominada de anomia.

Nesses casos, o positivismo jurídico apresenta como solução a possibilidade do magistrado julgar utilizando o seu “poder discricionário”, baseando-se em sua consciência e no senso de justiça, decidindo de maneira unilateral, desequilibrando as partes em juízo, tendo em vista que a defesa não terá acesso aos parâmetros da discricionariedade. É inaceitável a ideia do magistrado “criar um novo direito” quando decide com discricionariedade e aplica retroativamente ao caso concreto pretérito.



Dworkin traz uma brilhante contribuição sobre como o direito absorve as demandas sociais, centralizando o papel do magistrado, em que critica a constatação de que os juízes não decidem somente com base em regras. O direito não seria um sistema exclusivamente formado por regras, mas composto de regras e princípios.

Assim, o mencionado autor construiu sua teoria reconhecendo a existência de princípios que podem prover soluções eficientes para os litígios, negando uma das clássicas teses do positivismo jurídico que afirmam a existência de lacunas normativas que autorizariam o magistrado a agir com discricionariedade, criando a norma e aplicando-a retroativamente.

A decisão judicial não pode ser o resultado do ato de pensar isolado do magistrado. Mas somente se comprovada a coletivização da decisão quando se pode perceber a existência de uma pluralidade de vozes na sentença judicial – as declarações, os requerimentos e as intenções dos sujeitos do processo, garantindo os interesses da sociedade.

Dworkin criou a figura metafórica do “juiz Hércules”, um magistrado idealista guiado pelos parâmetros da competência e dedicação ao desempenho da função judicante, sendo “extremamente forte e potencialmente perfeito”. A essa terminologia interpretativa atribuiu o símbolo de um sistema jurídico criado para representar a “*autopoiesis*,” que é a autoprodução do direito, por intermédio das interpretações como forma de legitimação do seu próprio procedimento.

Desta forma, os denominados casos difíceis (“*hard cases*”) se apresentam para qualquer magistrado, em que deverá escolher dentre as interpretações aceitáveis, aquela que se apresentar como a “melhor luz”, segundo o ponto de vista moral e político, caracterizando-se como melhor aceitação pela comunidade.

Assim também, deve fornecer argumentos que justifiquem certo ceticismo moral. Caso contrário, seria necessário preferir uma das teorias, com base na moralidade política para além do qual tenha se mostrado impossível.

A compreensão positivista do direito segundo a qual o direito é um sistema normativo, composto por um conjunto de regras, foi severamente combatida por Dworkin que contrapôs a esse entendimento afirmando que no ordenamento jurídico existe o gênero *norma* que engloba as espécies *regra* e *princípio*.

Observa-se que a diferença entre princípios e regras tem uma natureza lógico-argumentativa, em que ambos direcionam seus padrões para as decisões particulares sobre a



obrigação jurídica para o caso concreto, mas são absolutamente distintas quanto aos parâmetros que disponibilizam para o sistema jurídico. Esses são os comentários introdutórios desta temática sobre a tese da resposta correta (“*right answer thesis*”) e sua legitimação do mencionado sistema que será minuciosamente apresentada na narrativa dos tópicos seguintes.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A perfeita cognição dos raciocínios filosóficos e jurídicos sobre a tese da resposta correta (“*right answer thesis*”), de Ronald Dworkin, deve ser estudada inicialmente com uma breve abordagem preliminar sobre a *Teoria dos Princípios*, de autoria do mencionado autor que pesquisou o tema buscando a elaboração de respostas aos vários aspectos centrais debatidos na área jurídica sobre a evolução do conceito de direito, o seu âmbito de validade e os processos de aplicação das ciências sociais.

Dworkin nasceu em Worcester (1931-2013), em Massachusetts, nos EUA. Atuou como filósofo do direito, acumulando uma excelente produção doutrinária durante toda sua vida acadêmica. Lecionou a disciplina Teoria do Direito, na University College London e na New York University School of Law por longo período de sua carreira e existência humana.

Foi considerado o sucessor de Herbert Hart, embora tenham protagonizado diversas divergências e debates produtivos. Consagrou-se como um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica e dentre suas diversas pesquisas, idealizou e divulgou a *Teoria do Direito como Integridade*, sendo esse um dos principais estudos filosóficos contemporâneos sobre a natureza do direito.

Dworkin também se tornou conhecido por suas severas críticas as tradições do positivismo e do realismo jurídico, criando uma teoria dos princípios jurídicos, assim entendidos como uma espécie de normas jurídicas.

Publicou em 1960 alguns textos em ataque direto contra Herbert Hart, tendo como tese central¹ as falhas do positivismo jurídico como uma leitura do direito, pontuando as

¹ A general theory of law must be normative as well as conceptual. Its normative part must treat a variety of topics indicated by the following catalogue. It must have a theory of legislation, of adjudication, and of compliance; these theories look at the normative questions of law from the standpoints of a lawmaker, a judge, and an ordinary citizen. The theory of legislation must contain a theory of legitimacy, which describes the circumstances under which a particular person or group is entitled to make law, and a theory of legislative justice, which describes the law they are entitled or obliged to make (...) The interdependencies of the various parts of a general theory of law are therefore complex. In the same way, moreover, a general theory of law will have many connections with other departments of philosophy (DWORKIN, 1978, p. VII).



incompatibilidades dessa teoria com os pressupostos e anseios da sociedade que busca ser democrática, especialmente no que diz respeito com a radical separação entre direito e moral (DWORKIN, 1978, *passim*).

Assim, o direito fica reduzido a um conjunto de regras criadas por uma comunidade jurídica em um determinado momento histórico. É a limitação da interpretação a uma questão meramente fática na cronologia histórica.

O mencionado filósofo elaborou a sua Teoria dos Princípios, que visa a legitimação interna do sistema jurídico, buscando a elaboração do conceito de direito, seus pressupostos de aplicação e a sua validade. Vale destacar que sua abrangência atinge vários aspectos centrais dos temas que estão sendo debatidos pela sociedade mundial e pelos estudiosos do direito. Dworkin pesquisou e teorizou a partir do sistema jurídico conhecido como “*common law*”.

Essa teoria tem sido considerada de fundamental importância nas discussões jurídicas e filosóficas atuais, porque se trata de uma doutrina que aborda questões centrais importantíssimas para a evolução na elaboração do conceito de direito, do seu âmbito de validade e dos seus processos de aplicação.

Analisando as intercorrências no sistema brasileiro, inclusive na legislação ordinária, verifica-se a importância da busca por embasamentos das normas para instituir um modelo normativo principiológico que leve em consideração o direito jurisprudencial e a aplicação adequada dos precedentes.

Torna-se possível citar como exemplo para análise axiológica, o Art. 926 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil, estabelecendo que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Percebe-se nitidamente a impregnação das teorias *dworkianas*, interligando normas e pensamentos para se compreender o microsistema de precedentes pelo novo CPC 2015.

O traço mais marcante e inspirador na obra de Dworkin é “a defesa da virtude da integridade” que tem por objetivo dar às práticas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário a melhor orientação de leitura possível.

Neste contexto, pode-se observar a contínua utilização do *método da ponderação* nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal - STF, representando uma mudança no rumo da interpretação efetuada pelos tribunais, equivalente à adoção de uma nova hermenêutica na jurisprudência.



Neste ponto da análise, torna-se importante observar as afirmações de Jürgen Habermas que formulou postulados e teorizou sobre a Teoria Liberal do Direito², enfatizando que sem direitos individuais não existe o direito (HABERMAS, 1998, p. 61).

É por meio da reflexão filosófica, política e jurídica atual que se vislumbra a superação do positivismo jurídico metodológico que dominou a comunidade europeia naquilo que ficou conhecido como “academicismo” e seu método da abstração generalizante, podendo-se demonstrar as conexões necessárias entre o direito, a moral e a política para se construir uma teoria dos direitos baseada no direito à igualdade que difere das teorias puramente positivistas e leva a discussão à construção do argumento moral e dos direitos morais.

A mencionada teoria de reconstrução do liberalismo radical igualitário, apresenta-se como uma filosofia política determinada e coerente, distinta na estratégia do liberalismo tradicional, mas com um núcleo moral e político justificador do novo liberalismo progressista.

A teoria jurídica, além das funções cognoscitivas, também tem funções práticas de adequação do direito à mudança social. A utilização das capacidades humanas para resolver problemas justifica a existência dessa mencionada teoria, permitindo e propondo a resolução de problemas de uma nova maneira, por meio de sua instrumentalidade analítica.

O exercício do poder estatal não pode ser exercido de forma ilimitada. A utilização do *método da ponderação*, por intermédio dos princípios, faz emergir o argumento de política, viabilizando a fundamentação do Estado Democrático de Direito, em que não há lugar para o despotismo ou o poder absoluto.

Herbert Hart foi um ilustre jusfilósofo (1907-1992), sendo um dos mais influentes do século XX que se notabilizou com sua obra “O Conceito de Direito”. Lecionou a disciplina Teoria do Direito, na Oxford University, além de ter desenvolvido uma sofisticada teoria sobre o positivismo jurídico, prestando relevantes contribuições à filosofia política.

Dworkin apresenta suas divergências sobre o positivismo jurídico teorizado por Herbert Hart, elaborando um conceito de direito partindo das deficiências encontradas nesse referido estudo, afirmando que o citado filósofo errou ao considerar que o direito é um sistema de regras

² Über kommunikatives Handeln wird das Rationalitätspotential der Sprache für Funktionen der gesellschaftlichen Integration in Anspruch genommen, mobilisiert und im Verlaufe der sozialen Evolution freigesetzt. Das moderne Recht springt in die Funktionslücken von sozialen Ordnungen ein, die in ihren sozialintegrativen Leistungen überfordert sind. In der Geltungsdimension dieses Rechts wird jene Spannung zwischen Faktizität und Geltung intensiviert, die mit dem idealen Gehalt der pragmatischen Voraussetzungen kommunikativen Handelns schon in die nicht-formalisierte alltagspraxis eingebaut ist (HABERMAS, 1998, p. 61).



que busca sua validade no que denominou de *teste de pedigree*, sem atribuir relevância ao seu conteúdo normativo.

Afirmou com ênfase que ao conjunto dessas regras devem estar inclusos todos os casos, e as exceções não poderão ser decididas mediante a aplicação do direito, mas por intermédio de um certo poder discricionário do juiz, baseado em seu discernimento pessoal.

Hart afirma que o caso aparentemente fácil e solucionado para o direito, muitas vezes não se soluciona dessa maneira. Sua oposição a Dworkin se expressa afirmando que deve haver uma textura aberta do direito ao invés de propor um sistema dotado dessa estrutura.

Portanto, o direito não pode ser visto como uma obra completa e acabada. Mas, deve permitir que, mesmo em situações fáceis ou que assim se apresentem, seja possível debater os valores que devem apontar a sua correta aplicação.

Afirma também que o legislador não pode se antecipar aos acontecimentos, determinando o exato alcance das normas jurídicas. Por isso, os juízes estariam sempre se utilizando da discricionariedade nas decisões a serem tomadas.

Assim, o direito seria em parte criado pelos legisladores, restando determinada margem para que os magistrados efetuassem complementos quanto aos alcances práticos. Em síntese, Hart afirmou que o direito é uma obra lacunosa e inacabada. Mas, isso não deveria ser posto como um obstáculo à atuação judicial.

Prossegue afirmando que: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, certas áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso” (HART, 2007, p. 148).

Entretanto, a teoria de Hart deixa alguns questionamentos sem respostas e reveste-se de sua característica pragmática para analisar os casos considerados difíceis (“*hard cases*”), em que o juiz poderia se utilizar de qualquer dos princípios disponíveis, finalizando por escolher aquele que lhe parecesse mais conveniente e adequado ao caso concreto.

Apesar disso, Dworkin afirmar que existe um elenco de critérios para evitar tal situação. Aparentemente, a discricionariedade da escolha permanece como única forma de se evitar, a todo o momento, demonstrada a falha na legislação, reenviar matéria ao Poder Legislativo para exame e votação.



Neste ponto da análise, abre-se uma janela de inspiração jusfilosófica para a crítica e o debate de novos temas como a *súmula vinculante*, que foi introduzida no ordenamento jurídico por intermédio da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, que trouxe a chamada reforma do Judiciário.

Nesse aspecto, a teoria de Hart se apresenta bastante atual caso o raciocínio seja formulado no sentido de que o poder de legislar estaria sendo invadido pelo Poder Judiciário, à medida que se impõe uma única forma de interpretar, verticalizando as decisões no sentido de torná-las semelhantes às leis a serem seguidas.

Diante desse ângulo de visão, a discricionariedade dos tribunais superiores atribui-lhes o poder de criar o direito, surgindo o questionamento se não estaria sendo usurpada a função legislativa.

Existe a necessidade de se buscar uma resposta, pois como poderá o juiz criar o direito sem violar o *princípio da separação dos poderes*. Assim, procura-se uma explicação convincente para definir onde começa a função criativa do juiz e onde termina a função do legislador.

Dworkin é um crítico implacável e rigoroso das escolas positivista e utilitarista, baseando-se na filosofia de John Rawls e nos princípios do liberalismo individualista, pretendendo construir uma teoria geral do direito que não exclua nem o argumento moral nem o argumento filosófico.

Prossegue o mencionado autor, afirmando que sua teoria, numa visão utilitarista, sustenta o direito e suas instituições voltadas ao serviço do bem-estar geral e, desta forma, definiu *política* como um objetivo a ser alcançado, sendo aquele tipo de padrão que, geralmente, tem por objetivo a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. E conceituou *princípio* como um padrão de justiça e equidade que deve ser observado porque se trata de uma exigência, inclusive buscando alguma outra dimensão da moralidade, independentemente de promoção de uma situação econômica, política ou social, considerada desejável.

A Teoria dos Princípios tem uma grande importância na discussão contemporânea, tendo em vista a legitimação interna do sistema jurídico, representando uma evolução para a elaboração do conceito de direito, de sua validade e de seus processos de aplicação.

Dworkin traz a ideia de integridade, inovando com uma doutrina que questiona como deve ser compreendido o direito. Na visão *dworkiana*, o direito deve ser compreendido como um complexo de normas que tem como peculiaridade o poder de apresentar soluções jurídicas a



quaisquer situações de fato, mesmo que tais casos pareçam não estarem regulados diretamente pelo ordenamento jurídico. Por isso, exige-se que o direito seja visto como um sistema completo.

Quando Dworkin analisa esta nova visão integralista do direito (DWORKIN, 2003, p. 271), busca explicação em ensinamentos pós-positivistas sobre aquilo que é entendido como normas jurídicas que se subdividem em regras e princípios para tentar alcançar o fundamento de sua sustentação que é a integridade do direito.

As teses de Dworkin têm sido objeto de estudo e implementadas na jurisprudência e na doutrina brasileiras, inclusive, tendo conceitos de direito elaborados a partir da constatação de que os juízes não decidem somente com base em regras. O direito não seria um sistema exclusivamente composto de regras, mas um sistema composto de regras e princípios.

Portanto, o conceito de direito para Dworkin é composto de duas variáveis distintas que são as *regras* e os *princípios*. As regras utilizam-se dos fundamentos apontados pelos princípios, sendo normas válidas ou inválidas apenas pelo fato de estarem de acordo ou não, com a norma de reconhecimento que Dworkin denominou de *teste de pedigree*.

Os princípios não obtêm sua validade pela recondução a uma norma fundamental ou a uma norma de reconhecimento, mas é retirado da *praxis* do tribunal ou de um conjunto de regras e tem sua validade declarada no caso concreto e somente nesta instância poderá ter também o seu peso avaliado. São normas que merecem um enorme destaque no ordenamento jurídico, tendo em vista que servem de fundamentos norteadores para a correta interpretação e aplicação do direito.

Os princípios são como vetores a coordenar o sistema jurídico, não sendo possível uma aplicação direta, tendo em vista que não possuem uma hipótese de incidência direta de que decorresse uma consequência jurídica imediata. Portanto, os princípios seriam uma espécie de diretriz, um fundamento normativo, com o objetivo de alcançar a regra de direito mais adequada a ser aplicada no caso concreto.

Humberto Ávila também traz sua contribuição sobre o estudo evolutivo das normas afirmando que os princípios trazem em si um verdadeiro conteúdo axiológico e se complementariam com o comando das regras, sendo que os princípios se submeteriam a uma ponderação entre si com a finalidade de determinar qual deles prevaleceria diante de determinado caso concreto (ÁVILA, 2015, p. 26-31).



A proposta inovadora de Dworkin estabelece uma modificação profunda no cenário do estudo das normas jurídicas, promovendo um verdadeiro ataque ao positivismo. Assim, introduz um processo complexo de interpretação judicial para fazer jus à exigência de que somente o fechamento operacional, ou seja, a utilização de técnicas interpretativas adequadas, garante a abertura para a cognição, diante do papel do juiz na aplicação do direito.

O exemplo mais famoso citado por Dworkin que se popularizou entre os estudiosos desta área é o caso *Riggs contra Palmer* (115 N. Y. 506, 22 N. E. 188), em 1889, em que um tribunal de Nova Iorque julgou se teria direito a receber herança um cidadão que havia assassinado seu avô com esse objetivo, estando ele devidamente nomeado no testamento da vítima. Assim, o tribunal³, decidiu contrariamente à intenção do herdeiro assassino.

Assim, lecionou que: “A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN, 2002, p. 37).

Portanto, o mencionado exemplo demonstra claramente a diferença entre regras e princípios com base em sua natureza lógica, ou seja, as regras devem ser aplicadas à maneira do tudo ou nada (“*all or nothing fashion*”), sendo válidas ou inválidas, podendo conter exceções, enquanto os princípios são aplicados por intermédio de uma política que os direciona para um fim específico.

Um princípio como: *nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos* enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, inclusive pode haver outros princípios que, ponderados em conjunto com o primeiro, levarão a questão para outro entendimento.

Prosseguindo, deve-se analisar também a dimensão do peso ou importância dos princípios que as regras não têm. Nota-se que, quando os princípios se entrecruzam, deve-se levar em consideração a força relativa de cada um e a prevalência daquele que vai solucionar o conflito. É necessário entender também que não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar uma mudança e deixar de aplicar a regra específica para determinado caso. Se fosse assim, nenhuma regra estaria a salvo e sucumbiria à força dos princípios.

³ The court began its reasoning with this admission: “It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer. But the court continued to note that “all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime”. The murder did not receive his inheritance (DWORKIN, 1978, p. 23).



Dworkin lecionou que: “É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível” (DWORKIN, 2002, p. 37).

Desta forma, procurou demonstrar que os juízes, em suas sentenças, lançam mão de outros padrões além das regras que são os princípios. As regras possuem exceções que se encontram previstas no sistema normativo. Entretanto, prossegue em sua cátedra argumentando que uma regra e sua exceção podem ser consideradas uma só regra como, por exemplo, o crime de homicídio e suas excludentes de criminalidade, partindo-se do pressuposto de que os princípios não contêm exceções, sendo utilizados para abranger todos os casos, inclusive aquelas exceções não previstas pelas regras.

Dworkin segue explicando as diferenças entre regras e princípios, em que demonstra como o sistema jurídico atua na formação da redundância, tendo em vista que a outra forma de considerar o problema (criar nova regra) é entender que o juiz, ao propor modificação da doutrina existente, conseguirá modificá-la a partir do momento em que considerar alguns padrões importantes (princípios) que estão opostos à doutrina anteriormente estabelecida para apreciar a *supremacia do Poder Legislativo* que são um conjunto de princípios que criam uma exigência na qual todos os tribunais devem demonstrar uma *deferência limitada* pelos atos do Poder Legislativo.

A equidade e a eficiência que são derivadas da consistência fazem parte de um conjunto de princípios que irradiam a doutrina do precedente. Enganam-se aqueles que pensam ser possível para os juízes escolherem, dentre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas, aquelas que mais lhes convêm ou agradem. Ao contrário, o magistrado está subordinado ao peso e à ponderação de cada conjunto de princípios, porque se fosse diferente o entendimento e cada juiz pudesse fazer sua própria opção, não restaria regra que fosse considerada obrigatória. Em contraponto, se o Estado acusa um cidadão de ter cometido um crime, terá a obrigação de provar e dar a ele a oportunidade de ser processado, independentemente do custo financeiro decorrente dessa atividade processual, passando por um procedimento justo e que respeite os direitos individuais.



Dworkin⁴ prossegue observando que: “As pessoas têm um direito profundo de não serem condenadas por crimes de que são inocentes. Se um promotor acusasse uma pessoa que ele soubesse ser inocente, não seria justificativa nem defesa dizer que condenar a pessoa pouparia à comunidade certo gasto ou que, de alguma outra maneira, promoveria o bem-estar geral” (DWORKIN, 2005, p. 105).

Desta forma, quando o Poder Legislativo aprova uma lei, ele está convicto de que a comunidade se beneficiaria como um todo unitário, numa espécie de solução utilitarista, ou seja, a lei foi aprovada por questões de princípio e não, de política.

3 SISTEMA JURÍDICO E LEGITIMAÇÃO INTERNA

Antes de iniciar qualquer análise do ponto de vista da legitimação interna do sistema jurídico, será necessário ressaltar o modo pelo qual um magistrado se posiciona quanto ao seu poder discricionário.

Segundo Dworkin, os positivistas buscaram a origem de poder discricionário na linguagem ordinária, em que se pode notar que tal conceito só se encaixa perfeitamente à medida que pode ser entendido como determinado empregado que foi incumbido de tomar uma decisão baseada em padrões previamente estabelecidos por uma autoridade superior ao mencionado empregado.

Prosseguindo na análise, a comunidade ideal para Dworkin somente existe *concretamente* na decisão judicial. Quando se busca a prática, percebe-se que ela é um exemplo de como o sistema jurídico reconstrói o entorno a partir de seu próprio código. Para Dworkin, o magistrado é um jurista idealista que deve se guiar pelos parâmetros de um juiz especial, extremamente forte e potencialmente perfeito, que ele denominou de “juiz Hércules”, (DWORKIN, 2002, p. 153), sendo essa terminologia a interpretação como símbolo que o sistema jurídico cria para representar a *autopoiesis*, que é a autoprodução do direito, por intermédio das interpretações como forma de legitimação do seu próprio procedimento.

⁴ Nada tiene tanta importancia práctica inmediata para un abogado como las normas que gobiernan sus propias estrategias y maniobras; y nada resulta más enigmático em el plano filosófico que la cuestión de cuáles deberían ser esas normas. Una de ellas es la siguiente: las personas gozan del derecho incuestionable de no ser condenadas por delitos que no cometieron. Si un fiscal procesara a una persona sabiendo que es inocente, no podría justificarse o defenderse con el argumento de que condenar a esa persona ahorraría un gasto a la comunidad o contribuiría a su bienestar general de alguna otra forma. Pero, en algunos casos, no está claro que alguien sea culpable o inocente de un delito (DWORKIN, 2012, p. 103).



Desta forma, afirmou que: “Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a que chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição” (DWORKIN, 2002, p. 165).

A imagem do Hércules aparece pela primeira vez na obra de Dworkin em *casos difíceis* (“*hard cases*”), (DWORKIN, 2002, p. 127-203), tendo como rival o juiz Herbert, que não apenas por coincidência, mas extrema ironia, possui o mesmo primeiro nome de seu adversário acadêmico (Herbert Lionel Adolphus Hart), que recepciona a teoria da decisão judicial e se propõe a aplicá-la em suas decisões.

Assim, lecionou que: “Imaginemos outro juiz, a quem chamaremos de Herbert, que aceita essa teoria da decisão judicial e se propõe a aplicá-la em suas decisões”, prosseguindo em acentuar as atitudes positivistas, afirma que: “Herbert pode acreditar que os direitos preferenciais em geral, ou este direito em particular, devam prevalecer contra a opinião popular, inclusive no poder legislativo, de tal modo que, ao exercer seu poder discricionário, ele tem o dever de declarar inconstitucionais essas leis” (DWORKIN, 2002, p. 195-196).

O emprego dessa figura de linguagem denominada metáfora é utilizada por Dworkin⁵ em diversos raciocínios complexos e importantes para explicitar seu raciocínio técnico: “Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: ‘poder discricionário de acordo com que padrões?’ Ou ‘poder discricionário com relação a qual autoridade?’” (DWORKIN, 2002, p. 51).

A figura do Hércules aparece novamente no livro: *O Império do Direito* (“*Law's Empire*”) tendo como rival o juiz Hermes, que defende a interpretação das leis conforme a intenção do legislador. Dworkin utiliza este artifício para explicar, passo a passo, como deveria acontecer toda a prática interpretativa. De qualquer forma, reconhece que o juiz real não poderia realizar sua tarefa da

⁵ It makes sense to speak of the discretion of a sergeant who is subject to orders of superiors, or the discretion of a sports official or contest judge who is governed by a rule book or the terms of the contest. Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It Always make sense to ask, “Discretion under wich standarts?” or “Discretion as to which authority?” Generally the context will make the answer to this plain, but in some cases the official may have discretion from one stand-point though not from another (DWORKIN, 1978, p. 31).



mesma forma que Hércules, mas propõe que ele seja um exemplo a ser seguido (DWORKIN, 2003, *passim*).

Dworkin reserva boa parte de suas análises para os chamados *casos difíceis* (“*hard cases*”), afirmando que o positivismo jurídico fornece uma teoria para os casos difíceis, trazendo solução para aquelas situações em que a ação judicial não se enquadra em uma regra específica de direito.

Assim, surge a possibilidade de o juiz utilizar-se de um certo *poder discricionário* para decidir o caso de um jeito ou de outro. Segundo Dworkin, tal teoria é completamente inadequada, tendo em vista que o juiz legisla novos direitos jurídicos (“*new legal rights*”). Mesmo quando não há regra clara a regular o caso, o juiz continuará tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, inclusive nos casos difíceis, e não, de inventar novos direitos retroativamente.

O entendimento de Dworkin é que a teoria da decisão judicial deveria ser mais sofisticada e contemplar o julgamento. Entretanto, o que se percebe é o julgamento sempre à sombra da legislação.

Assim, os juízes não devem criar um novo direito, mas aplicar o direito criado por outras instituições: “As leis e as regras do direito costumeiro (“*common law*”) são quase sempre e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes” (DWORKIN, 2002, p. 128).

Dworkin⁶ afirma que os juízes não são legisladores delegados porque se parte do pressuposto que eles sentenciam baseados em decisões políticas já tomadas por outras pessoas, respondendo a fatos e argumentos com a mesma natureza daquela anteriormente instituída pelos legisladores.

É um tipo de subordinação mais profunda que se caracteriza como conceitual e política, por meio da qual se deduz não estarem agindo por iniciativa própria, mas subordinados ao poder maior: “Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecimento pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas” (DWORKIN, 2002, p. 129-130).

⁶ In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislating, is misleading. It misses the importance of a fundamental distinction within political theory, which I shall now introduce in a crude form. This is the distinction between arguments of principle on the one hand and arguments of policy on the other (DWORKIN, 1978, p. 83).



4 DIMENSÃO DA VALIDADE DO DIREITO

A fundamentação de Dworkin sobre a dimensão da validade do direito baseia-se na premissa de que o direito não é um sistema exclusivamente composto por regras, mas um sistema composto por regras e princípios como já foi dito e minuciosamente analisado no item anterior, sendo que a análise dos variados casos concretos que foram citados como exemplo, cria uma linha de raciocínio para demonstrar que os juízes, quando decidem, utilizam padrões outros que não são regras e que, aliás, diferem delas em vários aspectos.

Desta forma, nota-se que os princípios são argumentos em favor de determinada decisão, entretanto, isso não quer dizer que deverão ser aplicados em função de sua validade. Não cria uma invalidade o fato de não serem aplicados.

Apenas em relação às regras, quando válidas, existirá a obrigatoriedade de sua aplicação para o caso concreto, sob pena de sua invalidade, caso haja colisão entre elas.

No caso dos princípios, a sua própria natureza impede que a circunstância de sua não utilização o invalide, porque a ponderação com os demais princípios vai definir qual deles será utilizado para fundamentar o caso concreto.

Os casos não previstos nas regras são denominados por Dworkin como *lacunas* ou *antinomias*, em que lacuna será aquela situação em que os magistrados não encontram um padrão expresso para a solução do litígio. A definição de antinomia são aquelas hipóteses em que uma regra fornece um padrão contraditório relativo a outro, estabelecido por outra norma para um determinado caso concreto.

Assim, os princípios garantem a unidade do ordenamento jurídico que se demonstra deficitário somente com as regras, sendo que a origem dos princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, porque a reconstrução interpretativa que define a existência ou não, de princípios e sua validade é executada pelo magistrado, em que os discursos de aplicação e justificação se fundem em um sistema jurídico único.

O sistema jurídico produz seus próprios critérios de decisão na proporção de sua “*autopoiesis*”, decorrendo da atividade interpretativa do magistrado que reconstrói a realidade na análise do caso concreto.



5 PROCESSOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A forma e o modo de interpretar tem várias divergências e pode seguir inúmeros critérios naquilo que são chamados *casos limítrofes*. Entretanto, não pode haver divergência sobre as situações que Dworkin resolveu chamar de *casos centrais*, em que se entende que qualquer divergência seria absurda: “Se essa imagem simples das circunstâncias em que a verdadeira divergência é possível esgota todas as possibilidades, ela deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de direito” (DWORKIN, 2003, p. 55-56).

Dworkin faz uma análise histórica da *tradição de cortesia* para demonstrar suas mudanças com o passar do tempo, considerando a dinâmica da interpretação com a observação dos juízos, decisões e argumentos que produzem cada resposta individual à tradição, assim como as respostas coletivas que durante longos períodos de tempo, produzem as grandes mudanças: “Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação. As pessoas interpretam em muitos contextos diferentes e, para começar, devemos procurar entender em que esses contextos diferem. A ocasião mais conhecida de interpretação – tão conhecida que mal a reconhecemos como tal – é a conversação” (DWORKIN, 2003, p. 60).

Buscando um melhor entendimento, Dworkin esclarece que existem três tipos de comunidades que compõem o Estado ou a comunidade como um todo, que se engajam nos princípios da equidade, justiça ou devido processo legal em que as pessoas podem se ligar por intermédio de suas convicções, ideais ou projetos.

Na teoria de Dworkin, a pessoa do magistrado centraliza o papel da esfera pública, que tem como objetivo alcançar a verdade, a veracidade e a justiça, por intermédio da legitimidade como forma de criar o melhor direito com a representatividade da vontade popular ou uma forma de colocá-la em prática. Desta forma, admite-se que só existe a comunidade ideal efetivada nas decisões judiciais, ou seja, ela é o exemplo de como o sistema jurídico reconstrói o entorno a partir de seu próprio código.

Assim, pode-se entender que são três as etapas da interpretação no entendimento de Dworkin. A etapa *pré-interpretativa* garante o necessário consenso inicial a respeito de determinadas práticas jurídicas, de maneira que os advogados discutam sobre a mais eficiente interpretação a ser aplicada aos mesmos dados analisados. A etapa seguinte, que é chamada de *interpretativa*, consiste na atividade de compreender as justificativas que melhor fundamentam as respectivas práticas jurídicas hermenêuticas. A última etapa de interpretação, que se



convencionou chamar de *pós-interpretativa*, é aquela, da decisão propriamente dita, em que se determina o que tais práticas exigem sob o ângulo interpretativo que mais nitidamente as justificam.

A partir daí, Dworkin utiliza-se da fórmula da redundância para a reconstrução da justiça, por meio da forma do conceito de integridade, recomendando que casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, sendo que resolveu denominá-los de *virtude da integridade política*, que é o ideal político segundo o qual o Estado deve proceder em conformidade com um conjunto único e coerente de princípios.

Por isso, as exigências da integridade são divididas pelo *princípio da integridade da legislação* que orienta aqueles que criam o direito por legislação a mantê-lo coerente com os princípios e pelo *princípio da integridade do julgamento*, que direciona os responsáveis por decidir o que é a lei, que a contemplem e a façam como sendo coerente no mesmo referido sentido.

Desta forma, a integridade política pressupõe uma personificação profunda da comunidade ou do Estado, inclusive, que haja um engajamento espontâneo destes por intermédio dos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal, sendo, sob determinado aspecto, semelhante àquele em que certas pessoas possam se vincular por meio de suas convicções, ideais ou projetos.

Para Dworkin, somente o modelo de comunidade que se baseia em princípios satisfaz todas as condições de uma verdadeira comunidade associativa, uma sociedade pluralista. Assim, cada cidadão se coloca no papel de elemento respeitador dos princípios, tornando específica a responsabilidade voltada para a cidadania, direcionada para a equidade e a justiça, tanto da comunidade política quanto da comunidade particular. As atitudes políticas de todos os cidadãos expressam um profundo compromisso com a comunidade.

Concluindo este raciocínio, Dworkin entende que o melhor modelo é a comunidade de princípios porque preenche todos os parâmetros de uma verdadeira comunidade associativa, em que cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça, trazendo as responsabilidades para o campo particular, demonstrando um interesse constante pelos problemas da comunidade, em que os atos políticos expressam uma preocupação real e um constante compromisso que exija sacrifício, fundamentado em uma base racional de igualdade. Assim, sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é a personificação da própria dignidade.



Portanto, a ideia de justiça é considerada como fórmula de contingência do sistema jurídico, em que Dworkin se filia às ideias de Niklas Luhmann - sociólogo alemão (1927-1998), nascido em Lüneburg, Alemanha, adepto da teoria do pensamento sistêmico, teorizou a sociedade como um sistema autopoiético, determinando que as decisões jurídicas devem ser consistentes e fundamentadas, sendo aplicadas da mesma forma a todos os membros das comunidades, muito embora seu conteúdo seja autônomo baseado no caráter de igualdade e desigualdade. Afirmou também que a redução da complexidade social, conduz o direito, no viés da “*autopoiesis*”, para a criação e sua recriação com base nos seus próprios elementos (LUHMANN, 1996. p. 303).

Para Dworkin, a interpretação é feita em cadeia, assim como se entende um romance ou uma novela de programação seriada, sendo interpretada sob os aspectos da “dimensão de adequação”, que é a atividade de avaliar seu peso no caso concreto relativo ao conjunto de normas existentes na aplicação de um princípio, e da “fundamentação”, que é a aplicação de um princípio que tenha por base uma teoria política que melhor justifique as práticas da sociedade, naquelas situações em que haja conflito de princípios.

Assim como um escritor escreve o enredo de seu romance ou a trama de sua novela, o magistrado deveria fundamentar sua sentença, em que um parágrafo deve estar coordenado com o próximo, sem deixar de considerar os capítulos anteriores (os precedentes), para que haja uma perfeita harmonia entre sua sentença e a jurisprudência (história) dos tribunais.

Dworkin classificou esta análise em parábola com o crítico e o escritor literário (“*chain of law*”) com o juiz de direito, vinculando-a a sua tese da resposta certa (“*right answer thesis*”) para demonstrar que, mesmo nas situações em que surgem os casos difíceis (“*hard cases*”), haverá sempre uma resposta certa.

Dworkin contesta a argumentação que prove estar errada a sua tese e afirma que, se tal raciocínio é correto, deve ser originado e fundamentado em um argumento filosófico, contrariando a afirmativa de que no sistema jurídico complexo e amplo, é pouco provável que duas teses se oponham a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso. Desta forma, deverá se adequar igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante.

O detalhamento da doutrina de John Rawls, segundo a análise de Dworkin, esclarece que os cidadãos agem em seu próprio interesse, conforme padrões de racionalidade, que tendem a optar pelos dois princípios da justiça por ele defendido que são a amplitude de liberdade política



do cidadão compatível com uma igual liberdade para todos, e que as desigualdades econômicas, em termos de riqueza e renda, não devem existir, beneficiando os membros menos favorecidos da sociedade.

John Rawls (1921-2002) foi um dedicado e competente professor de filosofia política na Universidade de Harvard, EUA. Desenvolveu a Teoria da Justiça como Equidade, em que instituiu diversos postulados, dentre eles, a “sociedade bem ordenada” possibilitando que se formulem parâmetros de um sistema de cooperação equitativa entre os cidadãos, garantindo a liberdade e a igualdade entre todos.

Desta forma, Dworkin analisou os dois princípios da justiça de Rawls induzindo a fazer juízos políticos habituais, permanecendo numa relação de equilíbrio reflexivo: “Pode perfeitamente acontecer que, pelo menos para a maioria de nós, nossos juízos políticos habituais permaneçam nessa relação de equilíbrio reflexivo com os dois princípios de justiça de Rawls, ou pelo menos que assim possa ser feito através do processo de ajuste que acabei de descrever” (DWORKIN, 2002, p. 244).

Dworkin também analisou os traços substantivos da teoria de John Rawls, demonstrando que todos os cidadãos têm crenças na justiça que defende porque assim lhes parece justo, mas não porque tenham deduzido ou abstraído a partir de outras crenças. É baseado nisso que se acredita, por exemplo, que a escravidão é injusta e desumana.

A dedução de alguns filósofos é que isso são preferências subjetivas que se revestem com a linguagem da justiça. Para definir uma posição filosófica que justifique esse processo, basta que se analise a relação entre teoria moral e intuição moral.

6 CASOS DIFÍCEIS (*HARD CASES*)

Dworkin procura explicar como o direito integralista deve funcionar, recorrendo a um julgador que ele mesmo considera utópico ao qual chama de “juiz Hércules”, que é um figura imaginária, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.

Para os casos diretamente tutelados pelo direito não haveria qualquer necessidade de se socorrer a procedimentos pormenorizados para a correta aplicação do direito. O “juiz Hércules”, quando a ele fossem dirigidos casos difíceis para julgamento, antes de apontar a solução jurídica para o caso, deveria visualizar todas as respostas possíveis que o direito poderia para ele apontar



e, assim, interpretar a lei e as decisões proferidas no passado como casos semelhantes na busca do melhor conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal.

As propostas de Dworkin sobre a interpretação dos casos difíceis (“*hard cases*”) se sedimentam por meio de sua preocupação com a edificação dos critérios interpretativos utilizados pelos magistrados no momento da decisão do caso concreto ao se deparar com normas de caráter aberto que devem ser complementadas pela interpretação do juiz em virtude de sua imprecisão de sentido.

Segundo Dworkin, é inaceitável o pensamento positivista no qual o magistrado possui o poder discricionário para decidir questões escolhendo dentre as diversas possibilidades de interpretação da norma, aquela que entender mais adequada, quando o caso concreto não conseguir apresentar uma subsunção de tipo na regra jurídica.

É necessário que o juiz garanta os direitos institucionais das partes lançando mão de alguns princípios que funcionarão por meio de um juízo de ponderação. Tais direitos existem, muito além dos direitos criados por uma decisão judicial.

Dworkin entende existir apenas uma resposta correta para cada caso concreto apresentado ao magistrado e propõe uma teoria dos direitos pragmáticos. A resposta correta deverá estar fundada em princípios individuais para ser empregada nos “*hard cases*”, sendo que o juiz deve estabelecer o conteúdo moral de sua decisão, porque apenas a aplicação da lei de modo mecânico à questão de fato não será suficiente. Também não é permitido ao magistrado ter a liberdade para eleger a solução que entender mais acertada dentre as várias soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico.

O modelo silogístico está baseado no entendimento de que não existem “*hard cases*”, tendo em vista que a tarefa judicial pode ser lógico-dedutiva, vinculando-se estritamente à atividade do magistrado aos preceitos da lei. O modelo positivista defende a utilização da discricionariedade dissociada da preocupação em legitimar as decisões por meio de princípios.

Dworkin valorizou a função dos princípios na solução dos casos difíceis e criou uma importante diferenciação conceitual entre regras e princípios. Afirmou que os princípios estão inseridos na categoria das normas jurídicas, assim como as regras.

As regras não agregam importância diferenciada dentro de um sistema jurídico, tendo em vista que, uma vez em “colisão” essas mencionadas regras, uma delas será suprimida pela



outra, sendo excluída do mundo jurídico aquela de menor peso, ou seja, elas são disjuntivas e peremptórias.

Para os princípios que estão em conflito, o intérprete irá realizar um *juízo de ponderação* para verificar qual deles se adapta melhor ao caso concreto ou ainda quais deles se harmonizam, sendo que o outro não aplicável permanece válido, podendo ser utilizado em outras hipóteses. Os princípios não apresentam obrigatoriedade de aplicação. Portanto, eles apenas apontam as razões que orientam o magistrado a tomar determinada decisão.

7 TESE DA RESPOSTA CORRETA (*RIGHT ANSWER THESIS*)

Dworkin trava uma discussão com os positivistas, segundo a tradição jurídico-filosófica do convencionalismo e com os realistas que fundamentam o pragmatismo, a respeito da possibilidade de uma resposta correta (“*right answer thesis*”) para os chamados casos difíceis (“*hard cases*”), com o objetivo de negar a tese segundo a qual, diante daqueles casos que inexistisse incidência de uma regra expressa, o juiz estaria autorizado, por meio do poder discricionário, criar um direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso concreto.

Um questionamento muito pertinente que suscita uma análise crítica se refere a como encontrar a resposta correta. Então, haveria uma maneira ou procedimento que consiga obter esse resultado? Nota-se que se torna necessária uma atitude de busca dessa mencionada resposta correta, respeitando a integridade do sistema.

Dworkin afirma que: “O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou os processos”. Prossegue conclamando para uma profunda análise crítica e reflexiva, no sentido da busca da única resposta correta que deve compor a atitude do magistrado: “É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida a política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância” (DWORKIN, 2003, p. 271).

A busca pela resposta correta é a atitude diligente, competente e focada em dar sentido à ideia de integridade do direito, propondo-se a executar uma análise criteriosa da legislação



vigente e dos precedentes formulados em casos passados que fundamentaram as razões primeiras e últimas das decisões anteriores e como isso pode contribuir para se encontrar a resposta correta.

Nota-se que a hermenêutica jurídica se apresenta em oposição ao modelo positivista da decisão tomada como subsunção de um caso concreto à regra pertinente. Habermas ressalta que nenhuma norma tem o mérito de reviver a histórica intuição aristotélica de possuir a capacidade de regular a sua própria aplicação.

Quanto à busca pela resposta correta, não há um método a ser seguido ou um modelo pré-determinado contendo a solução adequada, tendo em vista que somente cada caso concreto possuirá a conformação da decisão correta, adequada e justa.

O magistrado deve se comportar de maneira integradora, utilizando uma argumentação convincente, minuciosamente detalhada e fundamentada, evitando-se expressar apenas uma “cópia” de precedentes ou transcrição de textos normativos. A atitude estruturante do juiz deve demonstrar que a decisão foi baseada em mudanças progressivas, em legítimo compromisso que envolva passado e futuro, como demonstrado no “romance em cadeia” teorizado por Dworkin, fundamentando o caso concreto que esteja “levando o direito à sério”.

Nesse sentido segue o raciocínio de Alexandre de Castro Coura, afirmando que: “ao lidarmos com o problema da racionalidade da tarefa de julgar, os pressupostos do paradigma do Estado Democrático de Direito exigem que as decisões judiciais cumpram, a um só tempo, os critérios de certeza jurídica e aceitabilidade racional. Levando à sério a complexidade de cada situação de aplicação, juízes e tribunais devem exigir que o ordenamento jurídico apresente-se não apenas por meio de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado, que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras” (COURA, 2009, p. 12).

Torna-se necessário identificar qual a diferença entre “resposta correta” e “resposta final”. Nesse aspecto, Alexandre de Castro Coura, desta vez em coautoria com Américo Bedê Freire Júnior, no artigo intitulado “Existe uma resposta correta sobre a resposta correta no direito?” lecionam que: “a despeito de supor a possibilidade de sua existência (“única resposta correta”), percebe-se que quase nunca ela pode ser detectada e, sendo assim, prevalecem raciocínio discricionário na tomada de decisões judiciárias. O direito fixa algumas margens para sua aplicação, mas a essência da decisão consiste em ser um ato subjetivo e discricionário da parte dos aplicadores do direito”. (COURA; FREIRE, 2013, p. 684).



No entendimento de Dworkin, o direito não pode ser entendido como um conjunto fechado de regras, conforme afirmam os “convencionalistas”, aqueles ligados à tradição anglo-saxônica, dentre eles, Austin e Hart. Observa-se que o emprego da “lei da colisão” ou o princípio da saturação das decisões que, segundo Robert Alexy, a resposta assume o papel de uma ideia reguladora pode ser obtida metodologicamente, conforme determina o estilo kantiano (ALEXY, 2007, p. 58).

Segundo Coura e Bedê Freire Júnior, a importância do tema se expande em três aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, viabiliza uma compreensão das divergências jurisprudenciais e a maneira como interpretar essas divergências. Assim também, possibilita novas luzes sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais, além de demonstrar a necessidade de compromisso do magistrado na busca da resposta correta. Desta forma, será possível diminuir o equívoco de várias decisões solipsistas dos julgadores. Assim, torna-se importante viabilizar três premissas: Como encontrar a resposta correta? Como saber ter encontrado a resposta correta? e finalmente - Qual o conteúdo da resposta correta?

A síntese desse raciocínio é de que a “única resposta correta” deriva de uma forma específica de se perceber o direito, o que a necessidade de se proceder a uma forma específica de interpretação considerada previamente mais adequada ao direito. A “única resposta correta” também assume a noção de ideia reguladora, mas que, de antemão, percebe que não existem critérios metodológicos para sua obtenção. A “única resposta correta” está compreendida a partir das importantes lições e dos ganhos trazidos pela “reviravolta linguístico-pragmática” (COURA; FREIRE, 2013, p. 684).

O magistrado positivista simplesmente consegue identificar naqueles casos que lhe são apresentados, a adequada subsunção na concavidade de cada litígio por intermédio do “raciocínio silogístico”. Desta forma, faz uma subsunção de determinadas regras aos fatos apresentados na demanda. Portanto, fixa sentido ao estabelecimento dos fatos pretéritos, aplicando essas mencionadas regras.

Entretanto, a complexidade do problema emerge quando ocorre a “anomia” que é a ausência de norma previamente estabelecida para se encaixar ao caso concreto. Nesses casos, a solução apresentada pelo positivismo jurídico é a autorização ao magistrado para julgar os referidos casos utilizando o seu “poder discricionário”, baseado na sua “consciência” e no “senso de justiça”.



Assim ocorrendo, a defesa não terá acesso a integralidade dos fundamentos utilizados ou conseguirá penetrar na mencionada ideia de discricionariedade, desequilibrando as partes em juízo, caracterizando uma decisão unilateral, em que o magistrado esteja “criando um novo direito”, aplicando-o retroativamente ao caso concreto, o que representa inquestionavelmente uma “surpresa” para as partes no processo. Dworkin afirma que isso é uma solução apresentada pelo positivismo jurídico que não possui adequação ao Estado Democrático de Direito.

As críticas mais severas a essa referida “discricionariedade judicial”, dentre os autores nacionais, novamente se destacam Coura e Bedê Freire Júnior, afirmando que: “A busca pela resposta correta é a busca em dar sentido à ideia de integridade no direito, ou seja, essa resposta só será possível se for baseada numa análise criteriosa da legislação vigente e dos precedentes e das razões primeiras e últimas de decidir dos casos passados” (COURA; FREIRE, 2013, p. 685).

Nesta mesma linha de raciocínio, a obra de autoria do pesquisador Roberto Antônio Darós Malaquias, denominada “A função social do processo no estado democrático de direito à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria do discurso de Jürgen Habermas”, afirma que: “Dworkin abre um novo nível de debate, tendo em vista as objeções colocadas por aqueles que negam a possibilidade de uma resposta correta. Somente o argumento filosófico, pode aceitar a tese de que existe uma resposta correta para os casos difíceis, contestando que, em um sistema jurídico complexo e abrangente, seja improvável que duas teses diverjam a ponto de exigirem respostas diferentes” (MALAQUIAS, 2015, p. 133).

Outros importantes trabalhos como o de Lênio Luiz Streck na obra intitulada “O que é isto – decido conforme minha consciência?”, lecionando com ênfase, afirma que há uma estreita ligação entre o positivismo jurídico e o esquema sujeito-objeto: “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia (...) deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma ‘proibição de interpretar’. Ora, interpretar é dar sentido (“*Sinngebung*”). É fundir horizontes. E o direito é composto de regras e princípios, ‘comandados’ por uma Constituição” (STRECK, 2010, p. 87).

Dentre os autores internacionais, citam-se destaques como Alfonso Garcia Figueiroa, Jürgen Habermas, aqui anteriormente mencionado, além de outros com variadas doutrinas sobre esta temática. Uma das críticas mais contundentes é feita com a metáfora expressada pelos realistas, afirmando que “os juízes decidem baseados naquilo que comeram no café da manhã”, referindo-se ao imaginário do alegado “poder discricionário”.



Outro argumento de discussão é que, sendo o direito produto de homens, ao contrário de ser uma ciência exata, não se torna possível afirmar a existência de uma “única resposta correta”, tendo em vista existirem um universo de possíveis decisões racionais. Desta forma, a racionalidade do pensamento e a argumentação jurídicas apenas serviriam para filtrar as perceptíveis anomalias, o que envidaria a elaboração de uma “moldura” de decisões jurídicas racionais, tornando-as legítimas.

O magistrado possui um compromisso moral com a sociedade no sentido de buscar e dar a cada caso concreto a melhor decisão. Entretanto, não é aceitável a decisão baseada em “discrecionabilidade judicial” ou por intermédio da criação de uma nova norma para cada respectiva demanda. Por isso, embora possa parecer racional haver múltiplas possibilidade de decisão e haja uma tendência a discrecionabilidade e ao solipsismo, segundo os fortes argumento doutrinários de Dworkin, existe apenas uma “única resposta correta” (“*right answer thesis*”).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linha de conclusão, observa-se a enorme contribuição filosófica oriunda da tese de Ronald Dworkin por intermédio de sua Teoria dos Princípios esclarece que as diretrizes delineadas sobre a ideia central de que a sociedade contemporânea se encontra carente de políticas públicas voltadas para a construção de mecanismos que propiciem a consolidação da democracia.

A Teoria dos Princípios abrange diversos aspectos interligados aos temas debatidos atualmente pelos atores da área jurídica, inclusive o assunto central desta pesquisa que analisou minuciosamente a “tese da resposta correta” (“*right answer thesis*”), abordando questões que representam uma evolução na elaboração do conceito de direito, do seu âmbito de validade e dos seus processos de aplicação.

Não resta margem à dúvida que se torna necessária a utilização de instrumentos adequados de cognição para se obter um diagnóstico minucioso e uma interpretação do funcionamento da atividade judicial brasileira, em que o posicionamento do magistrado relativamente ao ato de julgar e a efetivação de uma política judiciária pacificadora da sociedade brasileira seja a diretriz principal à efetividade do exercício da cidadania e à valorização da dignidade da pessoa humana.



O respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* é a base estruturante para todos os demais direitos e garantias fundamentais que devem ser atribuídos aos indivíduos no sentido de ser tratado com dignidade e honra, sendo daí decorrente sua proteção à intimidade, liberdade e propriedade.

Dworkin afirma que a “virtude da integridade” possui como pressuposto a dignidade humana, tendo em vista que todas as pessoas devem ser tratadas com “igual respeito e consideração”, repercutindo como um dever estatal a ser exercido pelo Poder Judiciário e nesse sentido “levando os direitos à sério” (“*taking rights seriously*”), dispensando tratamento cuidadoso, competente, diligente e efetivo para cada caso concreto com a respectiva individualidade e senso de justiça.

Ao buscar a mais eficiente didática para sua teorização, Dworkin se utilizou da figura de linguagem classificada como metáfora para idealizar o “juiz Hércules” a fim de exemplificar a postura que a sociedade espera dos magistrados, diferentemente da pretensão de se criar um método de decisão.

O mencionado juiz imaginário deveria ser capaz de usar toda sua sabedoria e paciência para buscar a resposta correta para suas sentenças. Esse magistrado tem que decidir levando em conta todos os argumentos trazidos pelas partes ao processo, assim como tudo aquilo que foi construído do ponto de vista fático ou probatório.

O “juiz Hércules” institucionaliza um “pressuposto interpretativo contrafático” que vai procurar reconstruir a história institucional para verificar como outros magistrados decidiram no passado casos semelhantes, ampliando o diálogo processual para fundamentar em sua decisão se utilizando desses argumentos colhidos, amplamente sedimentado pelo contraditório e fundamentação dinâmicas, contrariamente a um suposto de isolamento decisório e diretamente ligado ao que o novo CPC estabelece nos Artigos 7º a 10 e 489.

Nessa mesma sequência de metáforas criadas por Dworkin, apresenta-se o “romance em cadeia” que é a obrigação moral de seguir os precedentes que se mostrarem coerentes ao caso concreto a ser julgado. Trata-se da responsabilidade social de buscar e considerar como argumentos válidos tudo que foi escrito ou decidido à cerca do direito a ser examinado e julgado.

O direito se posiciona apenas como um ponto de partida sobre o qual o magistrado deve se utilizar das regras, princípios, súmulas ou precedentes, para seguir reconstruindo a realidade processual na aplicação de cada caso concreto.



Desta forma, o espaço da “discrecionabilidade judicial” é eliminado gradativamente em detrimento da amplitude criada pela nova hermenêutica argumentativa que se compõe em minuciosa fundamentação da decisão judicial.

O processo decisório é composto pela efetiva participação de todos os sujeitos processuais para que a sentença seja a composição das atitudes participativas das partes. Esse comportamento judicial é fruto da abertura para uma nova hermenêutica que tem como pressuposto básico os diálogos equitativos de todos os participantes do processo, trazendo a história e tradição daquela referida sociedade, inclusive com a preservação das condições adequadas para os próximos magistrados que analisarão temáticas semelhantes em diversos outros casos concretos.

O “juiz Hércules” baseia sua decisão de natureza jurídica e moral levando em consideração que todas as pessoas da sociedade possuem os mesmos direitos e liberdades, sem privilégios, sem discriminações baseadas em preconceitos religiosos, filosóficos, econômicos, políticos ou de qualquer espécie. Em síntese final, a virtude da integridade deve ser entendida de maneira muito mais potencializada que a mera coerência judicial, sendo isso que Dworkin denominou de “única resposta correta”, significando ter encontrado finalmente “a melhor decisão judicial” para o caso concreto apresentado e analisado.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COURA, A. C.; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **Existe uma resposta correta sobre a resposta correta no direito?** v. XLI, p. 681-695, Valparaíso: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, 2013.

COURA, Alexandre de Castro. **Tensão entre facticidade e validade no plano da jurisdição constitucional contemporânea**. in: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe. **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Una cuestión de principios**. Colección Derecho y Política, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria do discurso de Jürgen Habermas**. 2. ed., rev. atual. Curitiba: Juruá. 2015.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 9. ed. Roma: Laterza, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Artificial happiness: the dark side of the new happy class**. New York: Carroll & Graf Publishers, 2006.



HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. (die normative kraft der verfassung). trad. Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Safe, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1983.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Oxford University Press, 1971.

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.