

O MODELO DE REGRAS DE DWORKIN E OS CONTORNOS DA DECISÃO JUDICIAL

Gabriela Braz Aidar¹

Resumo: O presente estudo analisa o pensamento exposto por Ronald Dworkin no artigo denominado “Modelo de Regras I”, um dos primeiros a fazer duras e diretas críticas à teoria positivista, especialmente no que toca à excessiva discricionariedade que é conferida aos Juízes na decisão dos casos difíceis (*hard cases*). Dworkin constrói sua crítica ao positivismo a partir dos estudos publicados por Herbert Lionel Adolphus Hart, sugerindo, basicamente, que a discricionariedade do Juiz não seria ampla, eis que sua decisão sempre será pautada por princípios e políticas públicas, implícitos no ordenamento jurídico. Após a descrição da visão dworkiana e das principais considerações que são feitas sobre o seu pensamento, conclui-se, neste trabalho, que as críticas feitas a Dworkin são pouco substanciais, se comparadas com a relevância das suas contribuições, para evolução e correta aplicação do Direito.

Palavras-chave: Dworkin, Modelo de Regras, Princípios, Políticas Públicas, Positivismo, Pós-Positivismo, Decisão Judicial, Discricionariedade.

Sumário: 1 Introdução – 2 O Modelo de Regras I e os principais pontos abordados por Dworkin - 3 Análise crítica da teoria dworkiana e o seu legado para a limitação da discricionariedade judicial 4 – Referências.

THE MODEL OF RULES FROM DWORKIN AND THE OUTLINES OF COURT

RULINGS

¹ Advogada. Mestranda em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito da Infraestrutura pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP.

Abstract: The current study analyses the line of thought exposed by Ronald Dworkin in the article named “Model of rules I”, one of the first thinkers to present severe criticism towards the Positivism theory, especially regarding the excessive discretionary aspect granted to Judges in rulings on *hard cases*. Dworkin constructs his criticism towards Positivism from studies published by Herbert Lionel Adolphus Hart, suggesting, basically, that Judge’s discretion is not broad, once their decisions are always based on principles and public policies, implicit to the legal framework. After describing Dworkin’s vision and its main considerations regarding his thinking, it is concluded, in this very paper, that the critics made to Dworkin are not very substantial, if compared to the relevance of his contributions for the evolution and proper application of the Law.

Key words: Dworkin, Model of Rules, Principles, Public Policies, Positivism, Post-Positivism, Court Rulings, Discretion.

1. Introdução

O fortalecimento da corrente positivista do Direito² fez surgir grande preocupação com a excessiva discricionariiedade que é por ela atribuída aos magistrados na decisão dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*), em que a Lei não é clara quanto à solução que deve ser dada à situação concreta analisada.

Nesse contexto, com intuito de examinar os limites da discricionariiedade judicial na decisão desses casos, Ronald Dworkin publicou o artigo denominado “Modelo de Regras I”³, no qual sustenta que existiriam políticas públicas e princípios implícitos no ordenamento jurídico, de observância obrigatória pelos magistrados, que limitariam o seu campo de atuação.

² Especialmente após as pesquisas publicadas por Herbert Lionel Adolphus Hart.

³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-72.

<http://revistasapereade.org/index.php/edicoes/ano-4-volume-12-junho-2016>

193.

A crítica dworkiana à teoria positivista é construída prioritariamente em contraposição aos estudos publicados por Herbert Lionel Adolphus Hart, em vista da maior sofisticação da sua pesquisa e admiração de Dworkin pelo citado autor.

O presente estudo propõe-se, então, a analisar o pensamento exposto por Dworkin no artigo “Modelo de Regras I”, com destaque para os pontos de maior divergência em relação à teoria positivista.

Assim, de início, será resumidamente exposto o posicionamento manifestado por Dworkin naquela publicação, passando-se, na sequência, ao exame das principais críticas e elogios que podem ser feitos à sua visão.

Não está inserida no objeto deste trabalho a análise da visão global apresentada por Dworkin nas suas diversas publicações, eis que a presente pesquisa tem por escopo, apenas, o exame do pensamento por ele manifestado no artigo “Modelo de Regras I”. Pela mesma razão, não faz parte deste estudo a comparação da visão dworkiana com o pensamento de outros pós-positivistas e críticos do Direito.

2. O Modelo de Regras I e os principais pontos abordados por Dworkin

2.1 A estrutura da teoria positivista na ótica de Dworkin

Em sua análise crítica sobre a teoria positivista⁴, Dworkin questiona, de início, o que seria o Direito: se apenas uma obrigação jurídica, enunciada na letra fria da lei, ou algo mais, relacionado a uma obrigação moral.

⁴ No artigo “Modelo de Regras I”.

Aprofundando um pouco mais a questão, Dworkin indaga, então, se as obrigações puramente jurídicas deveriam ser cumpridas com o mesmo empenho que os mandamentos morais, questionando, ainda, qual o peso que deveria ser atribuído pelos magistrados ao senso comum da população.

A título de exemplo, questiona Dworkin o que deveria ser feito em relação aos indivíduos que foram condenados e presos no passado, com base em determinada interpretação judicial, quando a Corte altera o seu entendimento e deixa de condenar o mesmo ato, segundo um novo senso comum.

Tal situação, que é extremamente grave, decorreria da simples definição dos conceitos de “Direito” e “obrigação jurídica”, de modo que seria fundamental esclarecer objetivamente à população a razão pela qual cada regra autoriza o Estado a puni-la, já que não basta dizer, quanto a isso, que assim se faz porque “está na lei”.⁵

Feitas essas considerações, Dworkin passa então a analisar a teoria positivista do direito, identificando que, segundo a sua estrutura padrão, a “obrigação jurídica” decorre sempre de uma regra jurídica válida, que impõe um dever de fazer ou não fazer. De outro lado, quando o Juiz aprecia algum caso não enquadrado pelo Direito, “decide uma matéria controversa exercendo a sua descrição”.

Em outras palavras, o Direito seria definido pelos positivistas como um conjunto de regras que organizam a sociedade e determinam quais são os comportamentos que serão punidos ou coagidos. Para se aferir a validade de uma regra bastaria submetê-la a este “teste de *pedigree*”. Uma situação

⁵ Como aduz Dworkin, não podemos nos conformar com o convite nominalista de encarar os conceitos como mitos, que teriam a função de “induzir as massas a aceitar a ordem social.” As Leis e obrigações jurídicas evoluem constantemente, não estando presas no tempo, como é alegado na teoria mecânica do direito, criticada pelos nominalistas.

específica que não esteja prevista nesse conjunto de regras não será decidida pela aplicação do direito, mas sim por uma autoridade pública (Juiz), segundo o seu discernimento pessoal.

Para John Austin, por exemplo, as “obrigações jurídicas” da sociedade são as ordens de caráter geral, apresentadas pelo soberano, cujo descumprimento leva a uma sanção. Como não é possível antecipar todas as situações, o soberano outorga aos Juizes o poder discricionário de criar ou adaptar as regras, diante desses casos omissos. Na sequência, o soberano anulará ou confirmará tacitamente as decisões proferidas.

Muitas críticas são feitas a essa teoria simplista de Austin, já que, em sociedades complexas, o controle político é pluralista e mutável, sendo difícil definir “o soberano”. Além disso, Austin defende que a obrigação jurídica deve ser cumprida pela ameaça de uso da força, de modo que nada distinguiria as ordens do soberano daquelas emanadas por um “*gangster*” qualquer.

De outro lado, a visão de Hart sobre a teoria positivista poderia ser considerada mais complexa, pois reconhece dois tipos de regras, as primárias e as secundárias. As primárias concedem Direitos ou impõem obrigações, enquanto as secundárias definem quem pode estabelecer, modificar, declarar ilegais ou abolir as regras primárias.

Hart não atrela a validade de uma regra à sujeição à força física. A norma será válida quando promulgada por quem tinha autoridade para fazê-lo, segundo uma regra preexistente. Essa autoridade pode advir: (i) da aceitação da regra pelo grupo, como sendo um padrão de conduta; ou (ii) da existência de uma regra secundária estipulando que as regras promulgadas daquela forma

serão obrigatórias. Essa regra secundária fundamental é chamada por Hart de “regra de reconhecimento”⁶. Em resumo, uma regra será obrigatória porque é aceita ou porque é válida.

Segundo Dworkin, a despeito da maior sofisticação da teoria de Hart, assim como Austin, ele também defende que as regras jurídicas possuem textura aberta, de modo que caberia ao Juiz resolver os casos problemáticos segundo o seu poder discricionário, “por meio de nova legislação”.

É esse o aspecto da teoria positivista mais criticado por Dworkin, pois “significa ir além do Direito, na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente, na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”⁷.

2.2. Os princípios e as políticas públicas na visão de Dworkin

Partindo das premissas acima expostas, Dworkin inicia então um ataque mais direto à teoria de Hart, apontando que a “crença positivista” de “um único teste fundamental” para o Direito acaba ignorando a existência de outros padrões, dos quais os julgadores inevitavelmente se socorrem: os princípios e as políticas públicas.

As políticas consistem nos objetivos a serem alcançados por uma comunidade, no campo social, econômico e/ou político. Já os princípios nada mais são do que uma exigência de justiça, equidade ou moralidade.⁸

Sobre a utilização dos princípios pelos Tribunais, Dworkin cita dois casos clássicos. O primeiro deles é o precedente “Riggs x Palmer”, julgado em Nova Iorque no ano de 1889, em que o Tribunal

⁶ Pode ser ela simples, descrevendo que é válido o que vem do rei, ou complexa, como, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos.

⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

⁸ Dworkin esclarece que, ao fazer a crítica ao positivismo durante o texto, faz menção ao termo princípios para se referir, indistintamente, às políticas e princípio, apenas para facilitar sua contraposição às regras.

analisou o direito de um neto de receber a herança deixada em testamento pelo avô que ele mesmo matou.

Naquele caso, muito embora o recebimento da herança fosse legítimo segundo a legislação, entendeu o Tribunal que existiriam regras fundamentais de direito costumeiro que limitariam a eficácia das leis e contratos em determinadas hipóteses. Segundo essas regras, “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 do seu próprio crime”.⁹ Com essas razões, o direito à herança foi afastado pela Corte americana, a partir da aplicação de princípios ao caso concreto.

O mesmo ocorreu no precedente *Henningsen x Bloomfield Motors Inc.*, julgado em 1969, em Nova Jersey. O caso analisou litígio travado entre uma montadora de veículos e um consumidor, que pleiteava o ressarcimento de despesas médicas e correlatas geradas em acidente no uso de veículo defeituoso.

Segundo o contrato de venda e compra, estariam cobertos, apenas, o conserto de defeitos constatados no automóvel, excluídas outras obrigações, responsabilidades ou garantias. Não obstante, entendeu o Tribunal que o caso deveria ser analisado à luz da hipossuficiência do consumidor, eis que (i) de boa-fé, assinou contrato de adesão sem lê-lo; (ii) a liberdade de contratar das partes possui limites; (iii) sendo o contrato de venda e compra de automóveis tão frequentes e oferecendo o produto tantos perigos ao motorista, deve o Judiciário se preocupar com a equidade

⁹ DWORKIN, Ronald. *levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

desses ajustes, em proteção à parte hipossuficiente da relação (consumidor); e, finalmente, (iv) o Tribunal não pode ser usado como meio de garantia da injustiça.¹⁰

Pela análise dos precedentes acima, é possível identificar, de logo, algumas diferenças básicas entre os princípios e as regras.

Quanto às regras, percebe-se que são elas aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”: ou serão válidas ou inválidas. Muito embora algumas regras gerais possuam exceções, estas podem, ao menos hipoteticamente, ser arroladas na Lei. Além disso, ainda que algumas regras sejam funcionalmente mais importantes do que outras, por fazerem parte de um mesmo ordenamento, a regra de importância maior suplantar a de importância menor.

Em resumo, havendo conflito entre regras de um mesmo patamar, uma regra será válida e a outra inválida. Os meios de solução destes conflitos podem ser fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, através dos critérios da especialidade, hierarquia e temporal, por exemplo. Também é possível que legislador estabeleça a superioridade da regra sustentada pelos princípios de maior relevância.

Os princípios, de outro lado, são incontáveis, mutáveis e não podem ser arrolados na legislação. Possuem eles diferentes pesos e importância individual. A sua não aplicação, em determinadas circunstâncias, não implica na sua invalidade.

No caso de conflito entre princípios, caberá Juiz sopesá-los, como ocorreu no caso Henningsen x Bloomfield Motors Inc., em que o princípio da liberdade de contratação foi confrontado com o princípio da proteção ao consumidor.

¹⁰ Como se vê, o Tribunal reconheceu naquele julgado a existência implícita de diversos princípios que já estão hoje positivados na legislação consumerista brasileira.

Como resume Ricardo Marcondes Martins sobre a aplicação dos princípios:

“Daí a diferença de aplicação: as regras se aplicam mediante *subsunção*, os princípios, mediante *ponderação*. Num conflito entre duas regras, há *contradição* entre ambas: ou uma é tomada como exceção da outra, caso em que permanecem ambas no sistema, ou é tomada como inválida e retirada do sistema, aplicando-se, nos dois casos, apenas uma das regras. Num conflito entre princípios, há *tensão* e não *contradição* entre ambos: diante das circunstâncias do caso concreto um é mais aplicado do que o outro. São as *circunstâncias que ditam o peso do princípio e a medida de sua aplicação, podendo ocorrer que um afaste totalmente o outro ou apenas parcialmente num determinado caso e ocorra exatamente o inverso em outro, tudo dependendo da ponderação efetuada*”.¹¹

Em alguns casos, alerta Dworkin, é difícil distinguir o que é regra e o que é princípio, pois, muitas vezes, a diferença se reduzirá a uma simples questão de forma.

Como exemplo, cita a interpretação da Suprema Corte sobre a 1ª Seção do “Sharman Act”, a qual dispõe que o contrato que implique proibição de comércio será nulo. Segundo aquele Tribunal, esta disposição seria regra, que conteria, implicitamente, a expressão “não razoável”. Ou seja, haveria, apenas, a “proibição de comércio não razoável”. Assim, do ponto de vista lógico, a disposição seria uma regra, mas, do ponto de vista substantivo, tratar-se-ia de um princípio.

O mesmo ocorre, segundo Dworkin, com regras que contêm palavras abstratas, como “injusto”, “significativo” ou “negligente”, em que os fatores que levarão ou não à aplicação da regra extrapolam a sua disposição.

Para Dworkin, os princípios estão em toda parte e são constantemente observados nas decisões dos Tribunais, sobretudo nos “casos difíceis”. Uma vez aplicados, é possível que eles ilustrem uma regra particular ou justifiquem uma nova interpretação da Lei, aplicável àquela situação concreta analisada.

¹¹ As normas gerais de direito urbanístico. Revista Brasileira De Direito Público – RBDP. Ano 2, N. 5, Abr./Jun. 2004, Belo Horizonte: Fórum.

Seria possível até mesmo sustentar que alguns princípios teriam a obrigatoriedade de Lei e estariam, assim, incluídos no conceito de Direito, de aplicação obrigatória.

No precedente “Riggs x Palmer”, por exemplo, poder-se-á dizer que o Juiz decidiu conforme o Direito, caso se entenda que os princípios também integram este conceito. Para aqueles que assim não entendem, de outro lado, o Juiz utilizou-se de sua discricionariedade, para privar um particular de seus bens, através de um ato “ex post facto”.

Antes de aprofundar tema, esclarece Dworkin que é preciso analisar os contornos do poder discricionário do Juiz, para só então afirmar se o Direito é, de fato, integrado por princípios.

2.3. A Análise de Dworkin sobre o poder discricionário do Juiz

Segundo define Dworkin, apenas é correto falar que determinado indivíduo possui poder discricionário quando está ele incumbido de tomar decisões conforme padrões pré-estabelecidos por determinada autoridade. Trata-se de “um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”.

Ainda, alerta que a palavra discricionariedade é comumente empregada em um sentido “fraco”, para se referir a situações em que não há possibilidade de modificação posterior da decisão que será adotada ou, ainda, nos casos em que a decisão deve ser tomada segundo parâmetros pré-estabelecidos por uma determinada autoridade. Nesse último sentido, traz o exemplo do sargento que é ordenado pelo tenente a escolher os cinco homens mais experientes do pelotão.

De outro lado, o termo discricionariedade é utilizado em um sentido “forte” quando o sujeito encarregado da decisão não está preso a padrões pré-estabelecidos por uma autoridade. Quando falamos do poder discricionário no sentido “forte”, não há como afirmar que a decisão está errada, conforme uma regra pré-estabelecida.

Pela teoria positivista, o Juiz possuiria discricionariedade no sentido “forte”, ao decidir os “casos difíceis”, não contemplados por regras expressas.

Para Dworkin, no entanto, mesmo quando empregada no sentido forte, a discricionariedade não retira do agente o dever de utilizar-se de padrões de bom senso e equidade, até mesmo porque qualquer atitude, ainda que não seja discricionária, está sujeita a esses padrões de racionalidade, eficiência e equidade, como se percebeu nos casos Riggs e Henningsen.

No intuito de negar a ocorrência deste fato, poderiam os positivistas argumentar simplesmente que os princípios não seriam obrigatórios. No entanto, salienta Dworkin que, para maior parte deles, o Juiz agiu da melhor forma nos precedentes citados acima.

De outro lado, poderiam os positivistas afirmar que os princípios não seriam capazes de prescrever um resultado particular, como ocorre com as regras. Quanto a isso, Dworkin sustenta que, muito embora os princípios apenas inclinem o Juiz a tomar determinada decisão, um conjunto de princípios pode, sim, ditar um resultado específico. Nesse sentido, argumenta que:

“Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não tem igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errada na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória. (...) Essas autoridades devem avaliar os pesos relativos dos vários fatores: desse ponto de vista ele não tem poder discricionário.”¹²

Por fim, aponta Dworkin que poderia um positivista alegar que a autoridade e peso dos princípios seriam controversos. Contudo, muito embora o argumento tenha bases sólidas, é inegável que a história legislativa e jurisprudencial reflete o senso comum partilhado pela sociedade.

Dworkin reconhece que, pela doutrina positivista, os princípios não se encaixam no “teste de *pedigree*”, de modo que, sob essa ótica, não teriam obrigatoriedade de Lei. O argumento, contudo,

¹² Idem, p. 57.

não seria relevante, pois suscitaria o teste fundamental em defesa do próprio modelo, quando é ele que está sendo questionado. Além disso, a análise dos precedentes (casos Riggs e Henningsen) demonstra que os princípios existem e são, de fato, observados nas decisões judiciais.

Ainda, ressalta Dworkin que, com frequência, os próprios Tribunais modificam ou revogam regras pré-estabelecidas no ordenamento, de modo que, se não existissem princípios implícitos definindo os limites para tal modificação, não estariam os próprios Tribunais presos a qualquer regra, de modo que “não haveria direito nos termos do modelo positivista”.

2.4 A conclusão de Dworkin sobre a necessária aplicação dos princípios

Em suma, para Dworkin, são os princípios mais relevantes (fundamentais) implícitos no ordenamento que justificam a aplicação das regras nos casos difíceis, como visto nos precedentes Riggs e Henningsen. Entre os princípios que limitam a atuação do magistrado, podem ser citados os da “supremacia do legislativo”¹³ e da “doutrina do precedente”.¹⁴

Segundo a visão de Dworkin, os princípios são incontáveis, complexos e dinâmicos, sofrendo constante alteração. Além disso, possuem diferentes pesos e importância. Por essa razão, não pode

¹³ Como anota Ricardo Marcondes Martins: “Esse princípio precisa ser devidamente entendido: o princípio da supremacia do Legislativo, mencionado por Dworkin, não significa que o legislativo esteja em posição hierárquica superior aos demais poderes, e sim que se atribui, por força do princípio da separação dos poderes, uma carga valorativa maior à ponderação efetuada pelo legislador. (...) Para que o Judiciário reveja essas ponderações, tanto legislativas como administrativas, deve atentar para incidência, além dos princípios jurídicos que deveriam ser inicialmente considerados pelo legislador e pelo administrador, dos princípios formais de supremacia que favorecem a permanência das ponderações efetuadas pelos outros poderes” (Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98/99) (nota de rodapé).

¹⁴ Segundo explica Valdir Ferreira de Oliveira Junior: “Na perspectiva neoconstitucionalista, o Poder Judiciário possui papel (cri)ativo. (...) papel (cri)ativo dos intérpretes da Constituição no neoconstitucionalismo refere-se à criação de novas possibilidades de efetivar e harmonizar direitos fundamentais em conflito perante a realidade (possibilidades fáticas - adequação e necessidade; possibilidades jurídicas - proporcionalidade em sentido estrito). Não se confunde com discricionariedade em sentido forte (fruto do positivismo ainda impregnado na Lei de Introdução ao Código Civil), onde na ausência da lei o juiz cria o direito aplicando analogia, costumes e princípios gerais do direito (como se princípio não fosse lei-norma). No neoconstitucionalismo, a discricionariedade é aplicada em seu sentido fraco (Ronald Dworkin. Levando os Direitos a Sério), existe maior segurança jurídica, pois, o juiz e os demais intérpretes da Constituição devem decidir com base nos princípios estabelecidos normativamente na Constituição” (Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010).

sua validade ser testada por uma única fórmula rígida, segundo a visão positivista.

Não é possível testar os princípios segundo critérios de aceitação e validade, até porque este último remete à noção de “tudo ou nada”, que não se aplica aos princípios. Não há como incluir os princípios na teoria positivista “sem o abandono integral dessa tese”¹⁵.

Do mesmo modo, não é possível continuar sustentando que os Juízes sempre possuem, nos “casos difíceis”, uma discricionariedade em sentido “forte”, já que um conjunto de princípios pode impor a obrigação jurídica de se decidir em determinado sentido.

Como conclui Dworkin: “Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas”.¹⁶

3 Análise crítica da teoria dworkiana e o seu legado para a limitação da discricionariedade judicial

Exposta a visão dworkiana sobre os limites da decisão judicial, não se pode negar a sua relevante contribuição para a limitação do poder discricionário dos Juízes, que, não raro, utilizam-se da teoria positivista¹⁷ para, nos casos difíceis, proferir a decisão que melhor se amolda a suas convicções particulares.

Ao contrapor-se à teoria positivista em geral, a visão exposta por Dworkin no “Modelo de Regras I” é extremamente rica ao reconhecer a existência de princípios e políticas implícitos no

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 69.

¹⁶ Idem, p. 72.

¹⁷ Abra-se aqui um parêntese para observar que Hart não é explícito ao defender que o Juiz teria liberdade total para decidir os casos de lacuna legislativa, de modo que a crítica dworkiana é ligeiramente excessiva ao imputá-lo tal posicionamento.

ordenamento jurídico, bem como ao exaltar sua importância na aplicação dinâmica e equânime do direito, em adequação aos valores morais da sociedade atual.¹⁸

Não se pode negar que a crítica dworkiana também acaba atribuindo imenso poder ao Juiz para afastar ou modificar a regra positivada, pela aplicação de princípios e políticas públicas. No entanto, Dworkin possui a visão do Juiz “Hércules”, que, pelo conhecimento de todas as regras, princípios e políticas, saberá aplicar sempre a melhor solução para o caso analisado.¹⁹⁻²⁰

Como bem salienta José Emílio Medauar Omatti:

¹⁸ Como bem resume Eugênia Giovanna Simões Inácio Cavalcanti: “Os princípios que regem o ordenamento jurídico-administrativo, contidos na Constituição Federal de forma explícita ou implícita, refletem uma série de valores aceitos pela Nação e permitem que da Carta Magna sejam extraídas as “ideias-força” que a tornaram a ordenação sistemática e racional de um povo. Com a observância desses princípios é possível se entregar aos administrados um direito efetivo e eficaz, quanto às liberdades e garantias fundamentais” (A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP Belo Horizonte, n. 16, ano 5 Janeiro/Março 2007). No mesmo sentido, Pedro Germano dos Anjos expõe que: “Ronald Dworkin envidou por inaugurar uma nova fase do pensamento jurídico, baseado na identificação de tipos de máximas jurídicas, diferentes das regras. Os princípios (em sentido estrito) são padrões cujo objetivo é conceder justiça ou equidade, ou ainda qualquer dimensão da moralidade, já que, para Dworkin, a moral é parte essencial do jurídico. (...) As regras são apenas funcionalmente mais importantes, mas não qualitativamente, enquanto partes do mesmo conjunto. Os princípios, pelo contrário, decorrem da “compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.” Depreende-se, assim, que Dworkin tem uma concepção de princípio indutiva e histórica, respectivamente porque são depreendidos das regras positivas” (Segurança jurídica e conformação das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Revista Tributária e de Finanças Públicas vol. 92, São Paulo: revista dos Tribunais, Mai/2010, p. 205).

¹⁹ “Ele [Dworkin] defende a tese da bivalência, isto é, em face de um caso concreto, inexistente uma terceira opção entre a afirmação de que uma proposição jurídica possa ser correta ou não. Destarte, na discussão sobre se um determinado princípio deve ser proposto para solucionar a, a discussão ficará restrita ao plano da confirmação ou não de sua adequação para poder ser aplicado ao caso. A discussão sobre qual princípio aplicar, ou seja, sobre uma suposta colisão, como quer Alexy, é compreendida por Dworkin como a comprovação de que a reconstrução do caso concreto ainda não foi feita de maneira satisfatória. (...) assume-se uma outra tese _ que igualmente não conclui que a não-aplicação de um princípio conduza à sua invalidade _ segundo a qual a questão deve ser examinada não sob o prisma da validade, mas sob a luz da adequabilidade.” (PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. CEJ, Brasília, n. 30, p. 72-75, jul./set. 2005)

²⁰ Note-se, do mesmo modo, que, ao considerar as políticas no julgado, o Tribunal estará também garantindo a sua coerência com as decisões políticas atuais. Nesse sentido: “Para as decisões jurídicas, os princípios são padrões argumentativos utilizáveis nos chamados casos difíceis em que não há uma resposta normativa clara. O sentido do Direito depende, então, de uma atitude interpretativa, atitude esta que leva em conta a inserção de conteúdos morais através dos princípios. São estes que permitem uma interpretação adequada e justificada com relação as nossas práticas comunitárias. Os argumentos em favor de princípios, quando utilizados nas decisões judiciais, justificam uma decisão política que garante ou protege os direitos de indivíduos ou de grupos de indivíduos. Essas decisões devem incorporar uma virtude específica que é a integridade política, na qual exigimos que o Estado aja de modo coerente e não de modo caprichoso ou excêntrico” (SILVA, Diogo Bacha e; GONÇALVES, Luciano Meni. *Amicus curiae*, audiências públicas e os princípios de moralidade política na jurisdição constitucional: um diálogo entre Dworkin e Habermas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 7387, jan./mar. 2013).

“(…) Dworkin vai denominar seu juiz de Hércules.(…) deve conhecer toda a história institucional do Direito, ou seja, o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa. Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser. Em outras palavras, o conceito de Direito é eminentemente interpretativo”²¹⁻²².

Como se vê, existiria uma única solução correta (melhor solução) para cada caso, a qual esse Juiz Hércules seria capaz de chegar. Isto não significa, contudo, que o Juiz não teria uma pluralidade de interpretações, em determinados casos. No entanto, dentro destas interpretações, apenas uma será a mais adequada (correta), na solução da questão.

Trazendo novamente à baila as lições de José Emílio Medauar Omatti, temos que:

“Como diz Dworkin, só existe uma única decisão correta no Direito, como aquela que leve a sério a pretensão de todos os envolvidos que serão afetados pela decisão judicial. O problema é que o raciocínio de ponderação não parte do pressuposto de que exista uma única decisão correta para o Direito. Como o próprio Alexy afirma em sua obra, a sua divergência com Dworkin está no fato de que ele, ao contrário de Dworkin, não acredita que possa haver uma única decisão correta no Direito. No entanto, mais uma vez, **Alexy não compreende bem as idéias de Dworkin. Quando Dworkin afirma que existe uma única decisão correta no Direito, ele não está desconhecendo a pluralidade de interpretações para cada texto jurídico. Ao contrário**” (grifou-se).²³

Dworkin também é certo a salientar a importância da aplicação balanceada das regras e princípios em cada situação, já que, de fato, não é lícito ao Judiciário substituir o Legislativo para, através da invocação de princípios e valores morais, subverter as disposições previstas em Lei, relativizando-as em toda e qualquer situação.

Como explica Dalton Santos Morais:

²¹ OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do ministro CARLOS BRITTO no HC 82.424/RS. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 840, p. 493, Out/2005.

²² Ainda sobre a teoria de Dworkin, note-se que: “Para ele, a unicidade e a irrepitibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico irrepitível por definição” (CARVALHO NETTO. Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, p. 476, mai., 1999).

²³ OMMATI, José Emílio Medauar. O princípio da proporcionalidade e a constituição como ordem concreta de valores. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2007, p. 109.

“Ronald Dworkin e Robert Alexy, **propugna o entendimento de que um ordenamento jurídico balanceado deve ser constituído tanto de regras, quanto de princípios.**

Toda aquela mudança de paradigmas na aplicação do direito pelo juiz, a exigir-lhe não só preparação técnico-jurídica estrita, como também uma ampla preparação em ramos do conhecimento extremamente relacionados com a complexidade atual da sociedade **não representa absoluta liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador**, o qual é o único com competência constitucional para inovar a ordem jurídica (...). Exatamente devido a esta enorme responsabilidade do juiz contemporâneo, e não contra ela, é que se sustenta, com base no posicionamento de Ronald Dworkin — em contraposição a Herbert Hart — que, mesmo nos chamados *hard cases*, a liberdade de atuação criativa do juiz é relativa, visto que não se poderá afastar do direito, buscando, portanto, neste os fundamentos para suas decisões” (grifou-se).²⁴

A importância do legado de Dworkin e influência que é por ele exercida ainda hoje pode ser facilmente constatada pela análise do repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, cumpre trazer à baila os seguintes julgados, em que a aplicação de princípios fundamentais para resolução de “casos difíceis” é exaltada pelos magistrados:

“ADMINISTRATIVO. FGTS. ART. 20 DA LEI N. 8.036/90. HIPÓTESES DE LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS NA CONTA VINCULADA AO FUNDO. ROL EXEMPLIFICATIVO. POSSIBILIDADE DE SAQUE, EM CASO DE REFORMA DE IMÓVEL, AINDA QUE NÃO FINANCIADO NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PRECEDENTES. INTERPRETAÇÃO QUE ATENDE AOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (...) 5. O ponto de partida, certamente, deve ser a letra da lei, não devendo, contudo, ater-se exclusivamente a ela. De há muito, o brocardo *in claris cessat interpretatio* vem perdendo espaço na hermenêutica jurídica e cede à necessidade de se interpretar todo e qualquer direito a partir da proteção efetiva do bem jurídico, ainda que eventual situação fática não tenha sido prevista, especificamente, pelo legislador. **Obrigação do juiz, na aplicação da lei, em atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum** (art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). Mas, quando a lei não encontra no mundo fático suporte concreto na qual deva incidir, cabe ao julgador integrar o ordenamento, mediante analogia, costumes e princípios gerais do direito. (...) 7. **Na resolução do caso concreto, os princípios se aproximam mais dos ideais de justiça (Dworkin) e de direito (Larenz), sendo imprescindível que se os busquem em sua fonte primordial: a Constituição. O primeiro deles - a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF/88) -, é considerado, mesmo, um sobreprincípio, já que constitui não só um norte para a produção e aplicação de novas regras, mas fonte comum a todos os demais princípios. A partir da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna elencou inúmeros outros direitos, nos arts. 5º e 6º, este último que engloba a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Ainda mais especificamente, a CF/88 garante como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, entre outros que visem à melhoria de sua condição social, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 8. Técnicas de interpretação constitucional. Tais dispositivos devem ser lidos em conjunto, visando à realização ótima de todos os bens e valores da Constituição e, ao mesmo tempo, não negar nenhum deles (princípio da concordância prática), e objetivando a unidade do Texto**

²⁴ MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. Revista Brasileira de Direito Públicos, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, jan./mar. 2011.

Fundamental, já que as normas constitucionais não são isoladas, mas preceitos integrados em um sistema unitário. Além disso, o direito à moradia e ao FGTS (como mecanismo de melhoria da condição social do sujeito jurídico), visam, não a outra finalidade, mas à direta e efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, solução que atende à eficácia integradora da Constituição” (grifou-se).²⁵

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PRECATÓRIO POR TDAs. POSSIBILIDADE. (...) 3. A interpretação teleológica da norma constitucional conduz ao entendimento de que as benfeitorias citadas são indenizadas em dinheiro, porquanto essa reparação faz-se de forma mais breve em razão da distinção entre a perda de propriedade adquirida outrora e de benfeitorias empreendidas a posteriori, por isso que razoável entrever-se regra mater que tem como destinatário favorecido o expropriado. 4. Consequentemente, é possível o recebimento de crédito indenizatório decorrente de desapropriação, em Títulos da Dívida Agrária (...). 5. **Interpretação constitucional à luz do cânone da razoabilidade e da ponderação de bens, técnica escorreita de interpretação pós-positivista das normas constitucionais na visão de Dworkin e Alexi.** (...) **Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra rédeas tão necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito quanto o direito à livre manifestação do pensamento: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana. Não é ocioso lembrar a clássica distinção realizada por filósofos do direito, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, acerca de regras e princípios jurídicos.** As regras são, por excelência, normas aplicáveis ao caso concreto. Ou a hipótese subsume-se ao preceito ou não (“*all or nothing*”). Aplicando-se uma regra, as outras com ela conflitantes estarão automaticamente excluídas. Já os princípios, segundo Dworkin, por serem mais abstratos e genéricos que as regras, permeiam todo o ordenamento jurídico. São “mandamentos otimizadores” (*In. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University, 1997*). Para Alexy, os princípios têm efeitos irradiantes, não podendo, portanto, serem desprezados por completo no caso concreto. **Não há relação de exclusão, e em caso de choque devem ser considerados todos eles, com graus de aplicação diferenciados, de modo a não aniquilar nenhum** (*In. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997*) (REsp 706.769/RN) (...). **24. O estágio atual da ciência jurídica vive a era do pós-positivismo, o que Norberto Bobbio denominava estado principiológico ou sistema jurídico de princípios na acepção moderna de Robert Alexy e Edward Dworkin. 25. Sob esse ângulo, duas questões revelam-se inarredáveis, a saber: a primeira de que à luz do princípio maior da harmonia e separação dos poderes, o Poder judiciário não atua como legislador positivo, nem mesmo na injunção, por isso que ao declarar a inconstitucionalidade das leis, o efeito imediato é o da conjuração da norma do sistema, tal como se não existisse, com eficácia ex tunc, salvo determinação em contrário, hoje consagrada pela Lei 9.868/99”** (EDcl no REsp 541.239/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/2008, DJE 31/03/2008) (grifou-se).

Não obstante a existência de diversos julgados em defesa da aplicação de princípios não positivados na solução de “casos difíceis”, certo é que muitos magistrados ainda são relutantes

²⁵ REsp 1251566/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJE 14/06/2011.

quanto à sua utilização, em razão da herança deixada pela teoria positivista e também do apego excessivo à letra fria da Lei.²⁶

Nesse sentido, torna-se ainda mais evidente a importância da contribuição deixada por Dworkin no artigo “Modelo de Regras I”, ao estabelecer novos padrões aos magistrados, voltados à busca da solução mais justa e razoável nos “casos difíceis”, segundo os princípios, regras e políticas públicas que integram o Direito.

4. Referências

ANJOS, Pedro Germano dos Anjos. Segurança jurídica e conformação das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Revista Tributária e de Finanças Públicas vol. 92, São Paulo: revista dos Tribunais, Mai/2010.

CARVALHO NETTO. Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A análise da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos ante a Constituição de 1988. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, n. 16, ano 5 Janeiro/Março 2007.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁶Como expõe Cristina Fortini: “Não são raros os casos em que o Poder Judiciário entendeu que determinado princípio carecia de aplicação prática por que não traduzido em regras positivas. Não obstante a evolução doutrinária (sobretudo com o advento dos autores denominados pós-positivistas como Dworkin e Alexy) acerca da importância dos princípios, que de resto também são normas, há resquícios de apego ao legalismo, na tentativa injustificável de garantir a utópica segurança jurídica, esquecendo-se seus defensores que não há segurança jurídica louvável, salvo quando o sistema se adapta aos anseios da coletividade. Daí a importância sem igual dos princípios que permitem a modernização do pensamento jurídico e o não enrijecimento do sistema.” (Plano Diretor - Temas Polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de Plano Diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade. Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM Belo Horizonte, n. 11, ano 5 Janeiro / Março 2004).

FORTINI, Cristina. Plano Diretor - Temas Polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de Plano Diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, n. 11, ano 5 Janeiro/Março 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____.As normas gerais de direito urbanístico. Revista Brasileira De Direito Público – RBDP. Ano 2, N. 5, Abr./Jun. 2004, Belo Horizonte: Fórum.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 32, jan./mar. 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. O princípio da proporcionalidade e a constituição como ordem concreta de valores. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 58, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/2007.

_____. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 840, p. 493, Out/2005.

SILVA, Diogo Bacha e; GONÇALVES, Luciano Meni. *Amicus curiae*, audiências públicas

e os princípios de moralidade política na jurisdição constitucional: um diálogo entre Dworkin e Habermas. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 7387, jan./mar. 2013.