UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
CURSO DE MESTRADO

PEDRO F. F. POMNITZ

O INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN APLICADO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ADO N.º 26 (A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

CAXIAS DO SUL
2026

PEDRO F. F. POMNITZ

O INTERPRETATIVISMO DE RONALD DWORKIN APLICADO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA ADO N.º 26 (A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA)

Dissertação submetida à banca examinadora de qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia pelo Programa de pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mateus Salvadori.

CAXIAS DO SUL

2026

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

P787i Pomnitz, Pedro Francisco Fernandes
O interpretativismo de Ronald Dworkin aplicado no sistema jurídico penal brasileiro [recurso eletrônico] : uma análise da ADO n.º 26 (a criminalização da homotransfobia) / Pedro Francisco Fernandes Pomnitz. – 2026.
Dados eletrônicos.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2026.
Orientação: Mateus Salvadori.
Modo de acesso: World Wide Web
Disponível em: https://repositorio.ucs.br

1. Direito - Filosofia. 2. Dworkin, Ronald, $d 1931-2013. 3. Ordenamento jurídico. 4. Hermenêutica (Direito). 5. Homofobia - Aspectos jurídicos. 6. Transfobia - Aspectos jurídicos. 7. Direitos e garantias individuais. I. Salvadori, Mateus, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 340.132:343

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)
Ana Guimarães Pereira - CRB 10/1460

UCS
UNIVERSIDADE
DE CAXIAS DO SUL

"O interpretativismo de Ronald Dworkin aplicado no sistema jurídico penal brasileiro: uma análise da ADO n.º 26 (a criminalização da homotransfobia)"

Pedro Francisco Fernandes Pomnitz

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Filosofia Social, Política e do Direito.

Caxias do Sul, 28 de agosto de 2026.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Mateus Salvadori (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Lucas Mateus Dalsotto
Universidade de Caxias do Sul

Participação por videoconferência
Prof. Dr. Keberson Bresolin
Universidade Federal de Pelotas

Dedico aos meus filhos, Vitor e Luísa. Amo-os incondicionalmente e os defenderei com integridade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, Aline, pelo amor e suporte. Aos meus filhos, Vitor e Luísa, por me darem objetivo. Bases da minha vida e da minha conduta.

Agradeço aos meus pais e irmã pela educação e valores.

Agradeço aos meus amigos pelo apoio e aos colegas de pesquisa pela ajuda, trocas de ideias, debates e compreensão.

Agradeço ao Professor Dr. Mateus Salvadori, pela orientação certeira e por me despertar o interesse pela filosofia jurídica ainda na graduação, ao Professor Dr. Lucas Dalssoto, por me abrir os olhos para o mestrado e refinar o interesse pela filosofia de Dworkin.

Agradeço aos onipresentes, anônimos, inominados e aos intérpretes que de algum modo me trouxeram até aqui e me proporcionaram conhecimento e juízo crítico.

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal político ao lado da justiça e da equidade. A integridade é nosso Netuno."
(**Ronald Dworkin**).

LISTA SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

RESUMO

Esta dissertação investiga a viabilidade e as implicações teóricas e práticas da aplicação do interpretativismo de Ronald Dworkin no sistema jurídico penal brasileiro. O estudo parte de um diagnóstico crítico acerca da crise de fundamentação na jurisdição criminal contemporânea, caracterizada pela ausência de uma teoria macro interpretativa unificada, o que fomenta o solipsismo judicial, a insegurança jurídica e a dissonância na aplicabilidade legislativa. Por meio de uma metodologia qualitativa, de caráter teórico-dogmático e hermenêutico-analítico, a pesquisa propõe que o modelo do "Direito como Integridade" e a busca pela "única resposta correta" funcionem como anteparos à discricionariedade judicial forte, exigindo que o magistrado atue como um garante da coerência institucional e do "romance em cadeia" do Direito. A análise central debruça-se sobre o *hard case* da ADO n.º 26, oferecendo uma leitura dworkiniana do julgamento e demonstrando como a interpretação conceitual e construtiva permitiu ao Supremo Tribunal Federal tratar o racismo em sua dimensão social, reafirmando os direitos fundamentais como "trunfos" oponíveis às maiorias políticas e utilitaristas. Conclui-se que o interpretativismo dworkiniano, ao alinhar-se à técnica da "interpretação conforme a Constituição", oferece um instrumental analítico superior para a mitigação do arbítrio judicial, consolidando o processo penal como um autêntico instrumento democrático de preservação da liberdade e da dignidade humana no sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: Interpretativismo; direito como integridade; sistema jurídico penal; Ronald Dworkin; ADO 26.

ABSTRACT

This dissertation examines the feasibility and the theoretical and practical implications of applying Ronald Dworkin's interpretivism to Brazilian Criminal Justice System. The study stems from a critical diagnosis of the foundational crisis in contemporary criminal jurisdiction, marked by the lack of a unified macro-interpretative theory, which fosters judicial solipsism, legal uncertainty, and dissonance in legislative applicability. Utilizing a qualitative methodology with a theoretical-dogmatic and hermeneutic-analytical approach, the research proposes that the "Law as Integrity" model and the pursuit of the "one right answer" serve as bulwarks against strong judicial discretion, requiring the judge to act as a guardian of institutional coherence and the Law's "chain novel". The central analysis focuses on the ADO n.º 26 hard case, offering a Dworkinian reading of the judgment and demonstrating how conceptual and constructive interpretation allowed the Supreme Federal Court to treat racism in its social dimension, reaffirming fundamental rights as "trumps" against political and utilitarian majorities. It concludes that Dworkinian interpretivism, by aligning with the technique of "interpretation in accordance with the Constitution," offers a superior analytical framework for mitigating judicial arbitrariness, thus solidifying criminal procedure as a truly democratic instrument for preserving liberty and human dignity within the Brazilian criminal system.

Keywords: Interpretivism; law as integrity; criminal Justice System; Ronald Dworkin; ADO 26.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO 14

2.1 FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E COERÇÃO ESTATAL 16

2.1.1 Princípios constitucionais da interpretação 18

2.1.2 Função do juiz penal e os princípios das decisões judiciais 20

2.1.3 Métodos de interpretação 23

2.2 DISCRICIONARIEDADE E JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL 25

2.3 CRÍTICAS E DESAFIOS HERMENÊUTICOS: A AUSÊNCIA DE UMA TEORIA INTERPRETATIVA PREPONDERANTE 31

2.3.1 *Hard Case*: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26: a criminalização da homotransfobia 33

2.3.1.1 Caracterização como Caso Difícil 36

3 FUNDAMENTOS DA TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DE RONALD DWORKIN 47

3.1 INTERPRETACIONISMO E O DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVISTA . 51

3.2 PAPEL DOS PRINCÍPIOS E A INTERPRETAÇÃO 54

3.2.1 O direito como integridade e a resposta correta 55

3.2.2 O poder discricionário 61

3.3 A INTERPRETAÇÃO CONCEITUAL E A ATUAÇÃO DO JUIZ HÉRCULES 67

4 O SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE DWORKIN 72

4.1 APLICABILIDADE DA TEORIA DWORKINIANA NA ADO n.º 26 76

4.2 IMPLICAÇÕES, CONTRIBUIÇÕES E LIMITES DA TEORIA DWORKINIANA PARA A COERÊNCIA E JUSTIÇA 82

4.3 INTERPRETAÇÃO CONCEITUAL COMO RESPOSTA JUSTA 87

5 CONCLUSÃO 93

REFERÊNCIAS 98

1 INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica, em qualquer ramo do direito, constitui um desafio intrínseco à prática forense e à dogmática. No contexto do Sistema Jurídico Penal, essa tarefa adquire contornos ainda mais complexos e delicados, dada a constante tensão entre a pretensão punitiva estatal e a proteção das liberdades individuais e garantias fundamentais. O ordenamento jurídico brasileiro, com sua Constituição Federal de 1988 ricamente principiológica e seus Códigos Penal e Processo Penal datados da década de 1940 e frequentemente reformados, apresentam um cenário fértil para a proliferação de métodos interpretativos e, consequentemente, para a emergente divergência jurisprudencial e aplicativa.

Diante desse panorama, este estudo propõe-se a investigar a viabilidade e as consequências da aplicação da interpretação conceitual desenvolvida por Ronald Dworkin no Processo Penal Brasileiro. A questão de pesquisa central que guiará esta dissertação é: de que modo a teoria da interpretação conceitual de Ronald Dworkin pode contribuir para o desenvolvimento de uma hermenêutica processual penal e de que forma pode ser aplicada ao Sistema Jurídico Penal Brasileiro de maneira que se mantenha coerente com os princípios constitucionais e com os desafios interpretativos?

Tem-se como hipótese central a premissa que a teoria da interpretação conceitual de Ronald Dworkin pode ser aplicada ao Direito Penal e Processual Penal Brasileiro, sendo capaz de complementar e abranger teorias de interpretação processuais, a exemplo de conforme, literal, gramatical, teleológica e progressista, oferecendo a melhor resposta para casos difíceis e complexos de repercussão.

O objetivo geral desta dissertação é desenvolver um exame aprofundado sobre a viabilidade e as consequências da aplicação da interpretação conceitual dworkiniana no Processo Penal Brasileiro, explorando suas potencialidades para aprimorar a consistência e a justiça da aplicação do direito, bem como suas limitações. Os objetivos específicos incluem: (i) revisar as principais teorias e princípios interpretativos do Direito Penal e Processual Penal Brasileiro; (ii); analisar criticamente as práticas interpretativas atuais e seus desafios; (iii) apresentar os fundamentos da teoria da interpretação de Ronald Dworkin, com foco na interpretação conceitual e no direito como integridade e (iv) investigar as implicações teóricas e práticas da adoção da abordagem dworkiniana em caso real.

A pesquisa tem como metodologia, a abordagem qualitativa, de caráter teórico-dogmático e hermenêutico-analítico, voltada à compreensão e aplicação de uma teoria filosófica do direito (Dworkin) ao contexto normativo e jurisprudencial brasileiro. A pesquisa é (a) teórica

por se fundamentar no estudo conceitual da teoria dworkiniana (direito como integridade, princípios e *hard cases*); (b) dogmática, ao examinar o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a Constituição e o Código de Processo Penal, com foco em seus métodos interpretativos; (c) analítica e propositiva, pois busca avaliar criticamente as práticas existentes e propor a aplicabilidade da teoria de Dworkin, (d) e, por fim, análise crítica e sistematização: avaliação da coerência e dos limites da aplicação da teoria de Dworkin ao contexto penal jurídico brasileiro.

No desenvolvimento deste estudo, utilizou-se a ferramenta de Inteligência Artificial Generativa NotebookLM e Claude, ao longo da produção nos anos de 2025 e 2026, como suporte à escrita assistida e organização documental. A tecnologia foi aplicada na reformulação linguística de textos originais do pesquisador, abrangendo processos de resumo, expansão, reescrita e correção gramatical, bem como na organização e estruturação lógica de ideias e documentos acadêmicos. Adicionalmente, a ferramenta auxiliou no encontro de citações e referências em obras e fontes abastecidas e a partir de palavras-chaves fornecidas pelo autor, sendo cada indicação submetida à conferência e validação posterior em bases de dados bibliográficas diretas para mitigar riscos de alucinação de dados. O uso da IA também fomentou a inovação e a criatividade, servindo de inspiração para o desdobramento de ideias estritamente originais do pesquisador. Em conformidade com o rigor científico, todo o conteúdo assistido foi integralmente revisado, editado e validado pelo autor, que assume a responsabilidade final pela exatidão factual, integridade acadêmica e conformidade jurídica desta produção.

Destaca-se a relevância deste debate, o qual reside em sua contribuição sobre a segurança jurídica e a concretização dos direitos fundamentais no âmbito processual penal. Ao propor um arcabouço teórico robusto, a interpretação conceitual de Dworkin pode oferecer ferramentas para mitigar a discricionariedade judicial arbitrária, promover a coerência jurisprudencial e fortalecer o caráter garantista do processo penal, afastando interpretações meramente formalistas, eficientistas ou pragmáticas vinculadas ao positivismo.

Essa dissertação utiliza o estudo de três das principais obras de Ronald Dworkin: “Levando os Direitos a Sério” (1977) que inicia a crítica antipositivista, “Império do Direito” (1986) onde o filósofo constrói parte central de sua teoria, e “Justiça Para Ouriços” ou “A Raposa e o Porco Espinho: justiça e valor”(2011) que faz o fechamento da teorização jusfilosófica dworkiniana; de maneira que compreendamos a construção da teoria do direito como integridade e sua teoria da interpretação, e para que seja possível abordar a conexão existente entre décadas de estudo. Trata-se de um percurso, e não de um bloco doutrinário indiferenciado.

Na obra de 1977, Dworkin formula a crítica ao positivismo e à discricionariedade judicial forte, estabelece a distinção entre regras e princípios e concebe os direitos como trunfos. Na obra de 2011, essas teses ganham a fundamentação sistemática que então não possuíam: a unidade do valor, a independência da moralidade e a compreensão do direito como ramo da moralidade política. *Entre as duas obras, o instrumental construtivo empregado nesta pesquisa – o direito como integridade e a interpretação construtiva, com suas dimensões de adequação e justificação e a metáfora do romance em cadeia – recebe desenvolvimento na obra de 1986.* Estudiosos e o próprio autor indicam que as obras sejam lidas em conjunto. A presente pesquisa adota a formulação de 2011 como ponto de consolidação, sem atribuir retrospectivamente à obra inaugural teorias que só nela encontraram desenvolvimento sistemático.

O objetivo é abordar a teoria dworkiniana em diferentes momentos, apresentar sua construção e conclusão, valendo-se dos comentadores especializados para aprofundar análise e complementar a abordagem.

Ronald Dworkin tem em sua Filosofia do Direito uma relutância ao positivismo jurídico, defendendo que o Direito não é meramente a conjunção da literalidade de regras, mas uma prática de construção interpretativa constante, intrinsecamente ligada aos princípios morais e políticos e conceitos atribuídos por uma comunidade. Para isso, ao longo de suas obras, Dworkin distingue regras e princípios, diferencia do que seja norma e propõe o direito como integridade, onde as decisões devem respeitar além das regras textuais os direitos fundamentais principiológicos morais e políticos.

A Filosofia do Direito de Dworkin quanto ao processo penal, ao sustentar a única resposta correta, tem aplicação frente a discricionariedade jurisdicional que é limitada por princípios que impedem o ativismo judicial e a expansão de significados/significantes. Essa forma de avaliação dos casos difíceis, implica na interpretação conceitual pela busca de uma compreensão profunda dos conceitos jurídicos. Entender um conceito jurídico é entender o argumento moral e político que o fundamenta e justifica sua aplicação.

A pesquisa estrutura-se em três eixos fundamentais que buscam oferecer uma resposta à crise de fundamentação da jurisdição criminal brasileira. No primeiro capítulo, realiza-se um diagnóstico crítico da interpretação jurídica no Direito Penal e Processual Penal brasileiro contemporâneo, onde apresentar-se-ão os fundamentos da interpretação, jurisdição e motivação das decisões no processo penal e direito penal. Com base na discussão jusfilosófica travada entre diferentes teorias do direito e distintas abordagens, examinam-se as tensões entre o garantismo e a eficiência punitiva, a discricionariedade, o ativismo judicial e a restritividade taxativa, evidenciando como a ausência de uma teoria interpretativa unificada favorece o

solipsismo judicial e o decisionismo. Este capítulo encerra-se com a análise do hard case da ADO n.º 26, demonstrando a insuficiência dos métodos formalistas e literais perante a complexidade dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo dedica-se à reconstrução teórica do pensamento de Ronald Dworkin, estabelecendo o referencial do Direito como Integridade e sua teoria interpretativista. Aqui, a pesquisa aprofunda distinção entre regras e princípios e a rejeição da "discricionariedade forte" e sua importância, propondo o modelo do Juiz Hércules não como um mito, mas como um dever de responsabilidade política e ajuste institucional. O foco reside na interpretação construtiva e conceitual, que exige que o magistrado coloque o Direito sob sua "melhor luz", tratando o ordenamento como um todo coerente e não como um mosaico de decisões atomizadas.

No terceiro capítulo, opera-se a aplicação da teoria ao sistema brasileiro. Investiga-se a viabilidade de uma hermenêutica processual penal dworkiniana, capaz de harmonizar o respeito à estrita legalidade penal com a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição. Por meio da reavaliação da ADO n.º 26 sob a ótica dworkiniana, o trabalho demonstra como a interpretação conceitual de "racismo" permitiu que o STF garantisse a integridade do sistema, tratando os direitos das minorias como autênticos trunfos e alcançando, por meio das dimensões de ajuste (*fit*) e justificativa, a resposta institucionalmente mais correta, adequada e justa.

2 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O Direito brasileiro historicamente privilegiou uma interpretação mais ligada ao texto legal e à dogmática. Contudo, a promulgação da Constituição Federal de 1988, com sua carga axiológica e a centralidade dos direitos fundamentais, impulsionou uma renovação nas teorias de interpretação jurídica, marcando a ascensão do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. Para Rangel (2013, p. 03), são os princípios que criam a dogmática jurídico-processual penal, regendo o direito processual,

> as respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo.

Com o advento das modificações trazidas pela Constituição de 1988, que passou a adotar um sistema de proteção de garantias de princípios do cidadão perante um direito sancionador estatal, os atos decisórios dos juízes em âmbito de direito penal material e direito processual penal, tomaram importância significativa na sociedade. Em que pese não exista um modelo processual e de valoração de norma explícito na CRB/88, certo de que está baseada em sistema de garantias e direitos individuais, atinentes ao Estado Democrático de Direito, cabendo ao juiz criminal o controle e aplicação das garantias (Oliveira; Fischer, 2012, p. 309). A própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu vedações e formas de controle das decisões judiciais, bem como a seguridade do processo ocorrer perante um juiz natural previamente estabelecido e imbuído de jurisdição.

A interpretação jurídica servirá, nesse âmbito, para dar sentido e contextualizar norma e caso julgado, por meio de análise sistêmica, gramatical, teleológica, progressiva e temporal (Badaró, 2012, p. 64-65). É por meio desses métodos interpretativos que o magistrado motivará e fundamentará sua decisão. Todavia, com as formas de interpretação e motivações judiciais trazidas pelo Direito Processual, ainda que se possa analisar objetivamente o juízo do magistrado, não se consegue perceber qual o método usado ou a subjetividade moral e cultural por trás da decisão exarada.

Para dar rumo a essa análise, recorre-se à teoria da interpretação de Ronald Dworkin, para quem o ato de interpretar deve ser entendido como meio de exteriorizar significados, conteúdo e valor (Dworkin, 2014, p. 58). Acontece que todo indivíduo incumbido da interpretação de algo traz consigo conceitos pré-estabelecidos acerca de direitos, deveres e

justiça, e construídos no seu subconsciente que se moldam conforme o ambiente e cultura em que nascido e criado (Dworkin, 2014, p. 152).

Numa linha que é tomada pela interdisciplinaridade com a psicologia, diz-se que esse estado de cognição prévia (moral e cultural) tende a ser mantido pelo intérprete. Pode-se afirmar que o indivíduo buscará manter coerência entre aquilo que concebia como correto (opiniões e crenças) com suas atitudes interpretativas (Ritter, 2019, p. 100), sobre uma lei a ser aplicada ao caso conhecido. Talvez aqui resida um ponto problemático em conceber a moral como pertencente ao direito.

Dworkin também discute as consequências práticas dessa abordagem, destacando que a exigência de justificar decisões por princípios afeta tanto a extensão da autoridade judicial quanto a obrigação moral dos cidadãos de obedecer às leis criadas pelos juízes. A teoria de interpretação por ele descrita, rejeita a ideia de que juízes criam novas lei nos casos de difícil resolução, pois decisões devem sempre seguir padrões existentes na prática jurídica. Assim, Dworkin sustenta que a interpretação não pode se limitar ao significado literal das palavras, mas deve buscar coerência e integridade no sistema jurídico, de modo que a resposta correta decorra de uma leitura construtiva do direito e dos princípios que o fundamentam (Marin, 2019).

A interpretação no direito penal e no direito processual penal não pode prescindir da definição prévia do fundamento legitimador do próprio sistema. Pensar a interpretação, nesse âmbito, implica necessariamente responder à pergunta sobre para que e para quem existe o processo penal, uma vez que a lógica interpretativa decorre do paradigma adotado. Ao se optar por uma leitura constitucional, o processo penal passa a ser compreendido como instrumento de efetivação das garantias fundamentais, e não como mero mecanismo de persecução estatal, ao contrário do que aconteceria numa leitura pragmática. Nesse contexto, a Constituição assume papel constitutivo da ação (constituir a ação), orientando a aplicação e a interpretação das normas processuais penais a partir de sua instrumentalidade constitucional. O processo penal democrático, portanto, somente se legitima na medida em que se estrutura e se desenvolve em conformidade com os valores do Estado Democrático de Direito, especialmente aqueles voltados à proteção da liberdade individual, que não demanda legitimação, ao contrário do poder de punir do Estado (Lopes Junior, 2019).

Essa perspectiva interpretativa exige, ainda, um reposicionamento crítico frente a discursos repressivistas que promovem a inversão da lógica constitucional, transformando a liberdade em exceção e a intervenção estatal em regra. A interpretação penal e processual penal deve partir da premissa de que o que carece de legitimação é o exercício do poder punitivo, e não a liberdade individual, amplamente consagrada como pressuposto do próprio Estado

Democrático de Direito. Nesse sentido, a utilização indiscriminada de postulados como proporcionalidade e razoabilidade — muitas vezes elevados à "princípios" superiores — tem servido como instrumento de esvaziamento das garantias constitucionais, sob a retórica de que não existem direitos absolutos. Em sede processual penal, contudo, a interpretação sistemática da Constituição impõe a prevalência do direito à liberdade sobre o direito de acusar, de modo que, em caso de conflito normativo, deve prevalecer a norma garantidora da liberdade. Afastar-se dessa diretriz significa subverter o núcleo democrático do processo penal e comprometer sua função primordial de contenção da intervenção estatal (Lopes Junior, 2019).

2.1 FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E COERÇÃO ESTATAL

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada dispondo que o cidadão tem o direito de ser julgado por autoridade competente por meio de um devido processo judicial com a garantia de liberdade até sentença condenatória (art. 5º, LIII, LIV e LVII, CF/88)[1] e lhe garantindo o direito de conhecer das decisões de juiz natural, jurisdicionalmente competente, de maneira fundamentada (art. 93, IX, CF/88). Ecoou na assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, ou Pacto de São José da Costa Rica), a qual dispôs em seu artigo 8º, item 1,[2] a recomendação de que deve essa autoridade ser previamente estabelecida e competente, positivando parte importante da jurisdição penal, que regra que ninguém poderá ser punido sem o devido processo legal (*nulla poena sine iudicio*).

Recentemente houve admissão de sistema normativo com diretrizes claras acerca da motivação das decisões penais pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 315, § 2º, do CPP.[3]

---

[1] CF/88, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] (Brasil, 1988).

[2] CADH, art. 8º, item 1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (Brasil, 1992).

[3] CPP, Art. 315. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (Brasil,1941).

Nesse dispositivo legislativo, estão listadas situações em que não se considerará fundamentada, de forma a evitar que não se conheça o método e base de interpretação judicial aplicada. Mera indicação de lei, uso de conceitos abertos ou genéricos, ou apresentar motivos obscuros e dúbios e não responder aos detalhes do caso, bem como utilizar, recusar ou não seguir, enunciados dos Tribunais Superiores de Justiça e precedentes de efeitos vinculantes, são consideradas situação que desrespeitam a prática interpretativa jurídica correta, pois impedem seja a decisão fiscalizada e verificável juridicamente.

O princípio da motivação das decisões, passou a regrar forma de valoração e aplicação da norma processual penal e de direito material penal, formas de tratamento e de ação do magistrado ao largo de um processo criminal (Lopes Junior, 2019, p. 25-27). No art. 155[4], do mesmo diploma processual, o princípio do livre convencimento motivado, foi consagrado como a base de valoração probatória dos casos, sejam eles difíceis ou fáceis (*hard cases or easy cases*).

Soma-se a isso tentativa do Código de Processo Penal, em seu art. 3º, em restringir o modo pelo qual os juristas e sujeitos processuais irão tomar suas interpretações e valorações judiciais: pelo modo extensivo, analógico e com o suplemento de princípios.[5] Ainda, a Constituição Federal de 1988, no art. 103-A, *caput* e § 1º, atribuiu aos Tribunais Superiores, em conjunto, de ofício ou por requerimento de indivíduos ou entidades de classe, devidamente representadas, a publicarem enunciado vinculante que unifique os entendimentos e interpretações legislativos e doutrinários normativos, ou os revise e cancelem, de maneira que a súmula tenha por objetivo avalizar a interpretação de determinada norma.[6]

Utiliza-se, inclusive, de ações constitucionais para análise e validação de normas e legislação infraconstitucional que atingem direitos fundamentais (entre elas, as ADPF, ADO,

---

[4] Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil,1941).

[5] Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito (Brasil,1941).

[6] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (Brasil,1941).

ADC, ADIN),[7] de modo a serem (re)interpretadas, moduladas ou, até mesmo, reformadas e reescritas. As referidas ações constitucionais, são exemplos claros de *hard cases*, pois buscam uma resposta única correta sobre determinado valor, caso ou regra normativa, interpretados de maneira integrativa, por meio da legislação, princípios e valores morais e políticos.

Eis o ponto em que reside a crítica à discricionariedade alargada e interpretação expansiva, mascarados de construtivas, a possibilidade de recair em ativismo judicial desmedido. Sob o pretexto de uma melhor leitura conforme a Constituição ou supostamente baseada na moral e princípios sociais, é bem possível o julgador usar de sua discricionariedade e substituir o papel do legislador e criar norma penal de coerção.

2.1.1 Princípios constitucionais da interpretação

A Constituição da República Brasileira de 1988 elevou os princípios penais a um patamar de norma jurídica, demandando uma interpretação conforme a Constituição e a aplicação de técnicas como a ponderação de princípios, especialmente desenvolvida por Robert Alexy. Essa mudança de paradigma afetou profundamente o Processo Penal, que passou a ser lido sob a égide de princípios como da legalidade, devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a presunção de inocência e a proporcionalidade.

O princípio da jurisdicionalidade no Direito brasileiro possui ramificações que tocam desde a atuação e equidistância do magistrado para com relação aos sujeitos nos processos criminais, até o método decisório, interpretativo e valorativo para as tomadas de decisões. “Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais de modo que extraem uma doutrina jurídica dessas fontes” (Dworkin, 2010, p. 04), contudo, o juiz é ser no mundo e recebe influência do meio que vive, julgando não só com base no que vê, mas no que sabe. Não há de existir uma decisão baseada exclusivamente na lei estrita – até sobre o que seria isso pode ser discutido –, poderia se dizer que “na verdade os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização” (Dworkin, 2010, p. 07).

---

[7] ADPF, ADO, ADC e ADIN (ou ADI) são instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, julgados prioritariamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com o objetivo de assegurar a supremacia da Constituição. Enquanto a ADI é utilizada para impugnar normas consideradas inconstitucionais, a ADC busca firmar a constitucionalidade de determinadas leis. A ADO tem por finalidade suprir omissões legislativas, e a ADPF é empregada para questionar atos que violam preceitos fundamentais, especialmente quando os demais mecanismos não são aplicáveis, abrangendo inclusive normas anteriores à Constituição ou de âmbito municipal.

O respeito ao princípio do juiz natural (legal, competente ou constitucional), tenta evitar esse problema, vedando juízos extraordinários constituídos após o fato (juízos *ad hoc*) e estabelecendo independência e imparcialidade como decorrência natural (Choukr, 2019, p. 289). Não só porque parte de dois grandes basilares, da legalidade e igualdade, mas porque resguarda o direito de conhecer o responsável determinado para julgar causas daquela matéria, sem qualquer paixão ou objetivo diverso.

Esses princípios constitucionais impõem uma leitura garantista às normas processuais, transformando o Processo Penal de um mero instrumento de persecução penal em um ambiente de proteção de direitos. A interpretação conforme a Constituição emerge como uma técnica essencial: sempre que uma norma infraconstitucional admitir múltiplas interpretações, o intérprete deve optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, evitando sua inconstitucionalidade e preservando sua validade. Essa técnica possui grande afinidade com a busca pela "melhor luz" dworkiniana.

Apesar da evolução para uma interpretação mais principiológica, o Processo Penal brasileiro ainda enfrenta desafios interpretativos. Há uma tensão constante entre o garantismo (focado na proteção dos direitos individuais) e o eficientismo (voltado para a celeridade e a efetividade da persecução penal). Essa tensão muitas vezes se reflete em decisões judiciais conflitantes sobre temas cruciais como a validade das provas, a fundamentação da prisão preventiva, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão e a interpretação de nulidades processuais.

O exercício do *jus puniendi* estatal encontra limites claros no âmbito do processo penal, uma vez que somente pode ser legitimamente aplicado se respeitadas as garantias e os direitos fundamentais. O direito processual penal estrutura-se como um conjunto de leis, normas, preceitos e princípios que orientam a relação jurídica processual e a sequência ordenada dos atos – isso é entendido como a integração do sistema penal –, tendo como finalidade assegurar a efetividade e a legitimidade da resposta estatal, bases necessárias para o eficientismo, que devem respeitar a aplicação no espaço e tempo processuais.

No que se refere à eficácia da lei processual penal no espaço, destaca-se a incidência do princípio da territorialidade, previsto no artigo 1.º do Código de Processo Penal, segundo o qual a lei processual brasileira aplica-se às infrações penais ocorridas em território nacional. Essa diretriz é tradicionalmente sintetizada pela sentença *locus regit actum*, justificando-se pela soberania nacional e pela inaplicabilidade de legislação estrangeira a fatos criminosos praticados no Brasil. A definição do espaço da infração penal, por sua vez, dialoga com a teoria

da ubiquidade, adotada pelo Código Penal, reforçando a centralidade do território como elemento delimitador da incidência normativa.

No plano temporal, a aplicação é regida pelo princípio do *tempus regit actum*, que consagra a aplicação imediata da norma processual, sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a vigência da lei anterior. Isso significa que o tempo rege a forma e os efeitos dos atos processuais, de modo que eventual superveniência de nova lei processual alcança apenas os atos futuros. Tal princípio também orienta a compreensão acerca da atividade e extratividade da lei, admitindo-se exceções nos casos de normas materiais benéficas e de normas processuais heterotópicas que contenham conteúdo material favorável ao réu.

Por fim, no âmbito da integração do sistema penal, o ordenamento admite o recurso aos princípios gerais do direito, previstos no artigo 3.º do Código de Processo Penal, como forma de suprir lacunas legislativas. Esses princípios, entendidos como regras gerais intrínsecas ao sistema jurídico e aos valores da sociedade, orientam a aplicação da analogia, a qual pressupõe a inexistência de norma específica para o caso concreto. A utilização da analogia exige, contudo, a observância de critérios como a semelhança entre as hipóteses, a igualdade de valoração jurídica e a identidade de razões, garantindo coerência e racionalidade à solução adotada.

2.1.2 Função do juiz penal e os princípios das decisões judiciais

Disso cabe analisar se o magistrado deve ter responsabilidade ao julgar e qual deve sê-la, bem como a qual teoria da interpretação haveria de se filiar. E, mesmo que possa não existir uma melhor teoria da interpretação (verdadeira) (Dworkin, 2018, 153), é possível seja o processo interpretativo válido e verificável, no momento decisório do juiz, por meio da motivação?

O magistrado é alguém no mundo, tem suas preferências e opiniões sociopolíticas, isso não se evita, "pois, acima de tudo, estamos diante do '*sentire'* de um juiz-no-mundo, que precisa julgar outro sujeito, e o faz através da linguagem" (Lopes Junior, 2014, p. 1095). Deve, portanto, ignorar os fatos alheios ao processo e ser imparcial. Não há de ser neutro, visto possuir seus pré-conceitos políticos, religiosos etc., arraigados pela sociedade, mas que tenha um mínimo de "afastamento subjetivo dos jogadores e do objeto da ação penal" (Rosa, 2013, p. 85).

Daí porque, tratando-se de um "ser-no-mundo", é que essa interpretação e carga probatória obtida por meio de cada caso julgado, afeta sua neutralidade. Impossível existir um

"ponto zero" (sem valores ou noções sociais) para julgamento de um processo, decorrente dos próprios estigmas sociais, filosóficos e religiosos que o magistrado possui. Aspectos subjetivos, tabus, pré-juízos, tudo isto deve estar fora do contexto processual, pois certamente influem no julgamento e no sentir do juiz (Lopes Junior, 2014, p. 1108).

Eros Grau leciona que "aos juízes incumbe a apuração da coerência, ou não, do texto de cada lei em relação à Constituição, decidindo no sentido de afirmar sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade" (Grau, 2013, p. 21), ou seja, ser aquele que filtra a legalidade de cada ato processual e garante da aplicação/interpretação da lei conforme a Constituição. Ao magistrado caberia ser a "coisa-juiz", o qual, ao cumprir uma cerimônia preordenada e determinada de gestos e agrados, não seria nada além mais de (um mero) juiz perante os outros. E segue:

> Ele [o magistrado] pode ser tudo, no sentido de que não é perpetuamente juiz. Mas, enquanto estiver sendo juiz, deve representar o papel de juiz, nos termos da Constituição e da legalidade. Não o que é (e pensa) quando cumpre outros papéis – de professor, de artesão, de jardineiro, por exemplo – e se relaciona com os outros ou consigo mesmo. Ao não representar o papel de juiz [...] poderão, sim, prevalecer seus valores [...]. Enquanto juiz, contudo, no controle da constitucionalidade, há de se submeter unicamente à Constituição e por ela ser determinado (Grau, 2013, p. 21).

Entretanto, Lopes Junior (2019, p. 1105) vai mais além. Para ele, a consequência da "nova" posição do juiz no Estado Democrático de Direito é a sua atuação, a qual deve ser constitucional, em prol da proteção dos direitos fundamentais do cidadão-réu, mesmo que contrariando algum entendimento majoritário. Para o autor "Não há mais espaço para o juiz exegeta, paleopositivista e burocrata, fiel seguidor do senso comum teórico dos juristas. E, acima de tudo, está superada a mera subsunção à lei penal ou processual penal: deve o juiz operar sobre a principiologia constitucional".

Ele se refere aos princípios da jurisdicionalidade (que advém de *jurisdicto* – "dizer o direito") e da motivação das decisões, decorrente da interpretação e por meio da fundamentação motivada. Disso ainda decorrem os aspectos atinentes à discricionariedade, livre convencimento motivado e ativismo judicial.

Badaró (2012, p. 10) aborda do tema fazendo referência contrária ao que dizia Montesquieu, no qual o juiz seria a mera "boca da lei" (*bouche de la loi*), enquanto para aquele (e para a grande maciça maioria da doutrina) o magistrado nunca foi, e jamais será, um simples porta-voz. "Esse juiz não existe! Teria de ser um juiz marginalizado da sociedade, por alguns chamados de 'juiz asséptico', que, 'quando se apresenta a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, e se desinteressar do mundo fora do tribunal" (Badaró, 2012).

Cabe dizer que esse juiz estaria longe de uma atuação positivista, restrito à legislação e adepto à teoria da separabilidade. O magistrado precisa ser um sujeito no mundo, de maneira que terá seus próprios juízos morais e interpretações acerca de fato ocorrido. Por isso se diz que está superada a ilusão de ser o julgador um mero aplicador de lei (não se excluindo que este deve aplicá-la e segui-la). No âmbito do processo penal constitucional, imperioso que ele verifique a constitucionalidade da lei consultada, no momento que exprime seus juízos de valor sobre o caso concreto (Lopes Jr., 2014, p. 1103). O "juiz é um intérprete da lei e dos fatos, no sentido de que incumbe a ele eleger os significados válidos da lei e das teses apresentadas. [...] com a interpretação não se extraem sentidos da lei, mas sentidos lhes são atribuídos por meio da interpretação" (Lopes Jr., 2014, p. 1108).

Nessa mesma corrente, Eros Grau afirma que o trabalho do juiz é completar o que o legislador fez pela interpretação legislativa, transformando a letra de lei em norma (sempre pelo filtro constitucional), "os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma – que logo se converte em novo texto). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma)" (Grau, 2013, p. 25).

Claro quedou que a interpretação pode ser tida tanto como a origem quanto a solução dos problemas processual-legais encontrados na legislação brasileira. Essa deve ser sempre praticada em favor do cidadão-acusado, da parte "hipossuficiente" do processo penal, aquele que está sendo defendido. Interpretação necessariamente legislativa em contraposição ao que rodeia o Direito Penal e Processual Penal, mas sem sair do Direito e das áreas contíguas, p. ex., psicologia, filosofia e sociologia, ou seja, hermenêutica.

A decisão judicial não é realizada de um instante a outro. Não pode ser tomada de forma imediata. O magistrado ao proferir qualquer decisão, deve ter consciência dos seus efeitos futuros. Decidir é (re)valorar, (re)construir, (re)considerar, os reflexos do fato e das regras. É utópico pensar que a interpretação e o estudo científico das normas positivadas possam ser realizados à margem de valores sociais. Como já visto, a hermenêutica legislativa penal (interpretação que se utiliza de valores e conceitos da união das áreas da filosofia, sociologia e psicologia, com o Direito) possui caráter importantíssimo no atual ordenamento. O mito da neutralidade e da racionalidade pura é rompido por essa gama de interferências (sociais e ideológicas). Por isso, não há um julgamento neutro, pois o que se projeta no decisum também está nas entrelinhas do sentir do magistrado.

2.1.3 Métodos de interpretação

Tradicionalmente, a interpretação da lei no Brasil recorre a métodos clássicos. No Direito Penal, são aplicados com a cautela imposta pelo princípio da legalidade estrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que exige taxatividade e irretroatividade da lei penal, proibindo a analogia *in malam partem*. Por *interpretação*, compreender-se-á o ato de criar e extrair da lei seu conteúdo normativo, proteções e objetivos, estabelecendo sua incidência e sentido, é buscar seu efetivo alcance e procurar descobrir aquilo que ela tem a dizer com a maior precisão possível (Greco, 2017, p. 112). Critérios e métodos surgiram como necessários para melhorar a jurisdição trabalhada, aborda-se, assim, seus conceitos trabalhados pela doutrina majoritária[8] para elucidar o ponto de partida:

a) Autêntica ou legislativa: quando ocorre uma *norma explicativa*, assim, é aquela realizada pelo Poder Legislativo, fazendo constar na lei a interpretação (ex. art. 327, CP, que traz conceito de funcionário público;
b) Doutrinária ou científica: realizada pelos estudiosos e especialistas, formando opiniões e entendimentos sobre uma norma ou lei.
c) Gramatical, literal ou sintática: considerar-se-á a letra fria da lei, ou seja, o sentido literal dos termos incorporados. Preocupa-se, simplesmente, em saber o real e efetivo significado das palavras.
d) Teleológico ou lógica*:* aquela que busca a verificação quanto à vontade efetiva (valor e finalidade) da lei ao dispor desta ou daquela forma. Procura-se a necessidade e os fins visados pela norma, no sistema em que introduzida, conforme a realidade ao tempo que criada e aplicada.
e) Sistêmica: o exegeta analisa o dispositivo legal no sistema no qual ele está contido (penal, carcerário, processual, etc.), e não de forma isolada. Busca coerência entre os diversos dispositivos normativos, evitando interpretações isoladas que gerem contradições no sistema e casos semelhantes.
f) Declarativa: busca corresponder o sentido das palavras expressas no texto interpretado com a vontade da lei, evitando restringir-lhes ou aumentar--lhes o significado.
g) Restritiva: ocorre quando o legislador "disse mais que pretendia" e precisa ser diminuído o alcance da norma, mitigando-se a literalidade da lei.

[8] Dentre a melhor doutrina, estão os já citados autores Cezar Roberto Bitencourt, Rogério Greco, Aury Lopes Jr. e Paulo Rangel.

h) Extensiva: ao contrário da anterior, dar-se-á quando a lei diz "menos que devia", e a interpretação amplia sua aplicabilidade, e chegar no real significado – art. 3º, CPP.
i) Cronológica: para que se estabeleça a relação das leis ao longo do tempo, com promulgações legislativas, remissões, revogações e transferências normativas, juntamente da interpretação *progressiva*, traduz os delitos de acordo com a contemporaneidade, por conta da evolução ou progressão pela qual passa a sociedade.
j) Temporal ou histórica: o intérprete volta ao passado, ao tempo em que foi editado o diploma que se quer interpretar, buscando os fundamentos e motivos de sua criação ou modificação, o momento pelo qual atravessava a sociedade etc.
k) Progressiva (adaptativa ou evolutiva): considera-se como tal aquela que objetiva ajustar a lei às transformações sociais, jurídicas, científicas e até mesmo morais que se sucedem no tempo e que interferem na efetividade que buscou o legislador com a edição da norma processual penal. A interpretação evolutiva permite que a legislação analisada acompanhe a evolução da sociedade, ajustando-se às novas realidades e aos novos valores que emergem no processo histórico, sem alteração formal de seu texto.

Com outro sentido, contempla-se a ideia de *integração da lei processual*. Que consiste no preenchimento de lacunas ou omissões legislativas, no uso de outras normas processuais para solucionar a ausência de lei aplicável (Greco, 2017, p. 123). Não se pode confundir *integração* com a *interpretação*, embora estudadas e normalmente aplicáveis conjuntamente. Nessa não há omissão, cabendo ao intérprete extrair o sentido e significado da lei que é lida e aplicada, enquanto naquela, não existe norma específica para o caso concreto ou a situação é peculiar ao ponto de estar em um vácuo legislativo, sendo necessário o uso de outra norma de mesma natureza. A integração, nos termos do art. 3º, do CPP, pode ser realizada por princípios gerais do direito, ou seja, pelas regras gerais do ordenamento jurídico já intrínsecas nos pensamentos e costumes da sociedade, e a analogia, por meio da qual, no silêncio da lei aplica-se outro preceito que regula caso semelhante. Logo, pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica ou a existência de lacuna involuntária da lei (Greco, 2017, p. 123-124).

E é na *semelhança* entre as situações integradoras (caso concreto omisso e norma), que se encontra o problema da *analogia*. Diante disso, se usam como base três critérios para aplicação: (1) *analogia entre o caso previsto e o não previsto*, aqui deverá existir uma semelhança essencial entre as hipóteses concretas; (2) *igualdade de valoração jurídica*, sendo primordial que se faça a constatação de que ambas as situações possuem valoração jurídica idêntica ou muito próxima; e (3) *igualdade de circunstâncias ou razões*, é necessário que o caso

omisso produza as mesmas consequências jurídicas da hipótese disciplinada. Deixou de ser necessário, portanto, a natureza da situação e da norma ou diploma, podendo serem usadas regras de processo civil em circunstâncias de processo penal. Mas é importante diferenciar *analogia* e *interpretação analógica* (Greco, 2017, p. 123-125):

I. *Quanto à analogia*: consiste em processo integrativo da norma legal. Sua função é integrar o direito diante da inexistência de norma reguladora em relação a determinada hipótese concreta.

II. *Quanto à interpretação analógica:* trata-se, como o próprio nome sugere, de processo interpretativo da norma. Nos casos que requerem a interpretação analógica, existe norma reguladora estabelecendo *fórmulas casuísticas*, ou seja, hipóteses objetivas de sua incidência. Contudo, na sequência destas hipóteses, contempla o dispositivo legal *fórmula genérica* (aberta) que exige interpretação semelhante (*analógica*) àquela que motivou o elenco dos casos anteriores.

A integração, nos termos do art. 3º, do CPP, pode ser realizada por princípios gerais do direito, ou seja, pelas regras gerais do ordenamento jurídico já intrínsecas nos pensamentos e costumes da sociedade, e a analogia, por meio da qual, no silêncio da lei aplica-se outro preceito que regula caso semelhante. Logo, pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica ou a existência de lacuna involuntária da lei.

É nesse panorama doutrinário que surgem as teorias de *interpretação conforme a constituição* (*verfassungskonforme Auslegung* no direito alemão, revelar sentido já contido na norma, harmonizando-a com a Constituição), contraposta pelo método da *sentença aditiva* (*sentenze additive* no direito italiano), o qual seria acrescentar algo não previsto, criando uma hipótese normativa, altamente questionável em matéria penal (Greco, 2017, p. 121).

2.2 DISCRICIONARIEDADE E JURISDIÇÃO NO PROCESSO PENAL

O Estado de Direito, assentado sob a lei e a noção de completude normativa própria do positivismo clássico demonstra em teoria a capacidade/dever do legislador regular exaustivamente todas as condutas sociais. A práxis demonstra a complexidade da vida concreta, impossibilitando esse controle absoluto e tornando inevitável a ação interpretativa do julgador. A aplicação do direito deixou de se reduzir a um exercício mecânico de subsunção do fato à norma, passando a exigir um processo hermenêutico de concretização, no qual a interpretação judicial assume papel central (Cardoso; Brito Junior, 2021).

Esse deslocamento foi intensificado com o advento do *welfare state*, quando a necessidade de efetivação de direitos sociais e de respostas rápidas às demandas coletivas impulsionou a ampliação da discricionariedade administrativa e normativa, revelando a insuficiência do modelo legislativo tradicional frente à crescente complexidade social. Há um movimento progressivo do centro decisório do Estado, inicialmente do Legislativo para o Executivo, especialmente por meio de agências reguladoras e estruturas administrativas descentralizadas, e, posteriormente, para o Judiciário (Cardoso; Brito Junior, 2021).

A ascensão da jurisdição constitucional decorre da centralidade das constituições dirigentes e do compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais, conferindo aos juízes o papel de garantidores das promessas constitucionais diante da inércia ou insuficiência dos demais poderes. Contudo, esse protagonismo judicial intensifica uma tensão estrutural entre democracia e jurisdição constitucional, uma vez que a ampliação do espaço decisório dos tribunais suscita o risco de enfraquecimento da participação democrática e da substituição das escolhas políticas por decisões judiciais, alimentando o debate acerca do chamado "governo de juízes" (Cardoso; Brito Junior, 2021).

A título de exemplo de discricionariedade judicial, no âmbito do sistema penal brasileiro, analisa-se o julgamento do Habeas Corpus nº 126.292[9], que deixou de garantir a

[9] O HC 126.292/SP, julgado pelo Plenário do STF em 17 de fevereiro de 2016, sob a relatoria do Min. Teori Zavascki, representa um dos marcos mais importantes da jurisprudência penal brasileira, por ter autorizado a execução provisória da pena após condenação confirmada em segunda instância, sem que houvesse encerramento das vias recursais. Até então, a jurisprudência majoritária do STF exigia o trânsito em julgado da condenação (esgotamento de todos os recursos, inclusive para STJ e STF) para que a prisão penal pudesse ser iniciada. O HC 126.292/SP rompeu com esse entendimento, por maioria de 7x4, ao firmar a tese de que a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) não é violada quando a execução tem início após confirmação da condenação por um tribunal de segundo grau. O Min. Teori Zavascki sustentou que o princípio da não culpabilidade deve ser interpretado à luz do sistema recursal brasileiro. Como os recursos extraordinários (RE e REsp) não permitem reexame de fatos e provas (Súmulas 279/STF e 7/STJ), a condenação em 2º grau já representa um juízo maduro e definitivo sobre a materialidade e autoria. A partir daí, o decreto condenatório goza de presunção de validade que legitima o início da execução. Em 2019, o STF revisitou o tema no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio), alterando novamente o entendimento. Por 6 votos a 5, a Corte voltou a exigir o trânsito em julgado para o início da execução penal, retomando a interpretação mais restritiva da presunção de inocência. Em 2023, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 em embargos de declaração, o STF modulou os efeitos e manteve a impossibilidade de execução provisória, desde que devidamente fundamentada e justificada: "Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus (HC) 126.292/SP apresentou uma mudança de paradigma utilizado pelo Tribunal para a interpretação e aplicação do princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, que era a de autorizar a prisão somente nos casos em que estivessem presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva, de acordo com o princípio constitucional da não culpabilidade. [...] O posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal anteriormente ao HC 126292/SP coadunava-se com o texto do princípio da não culpabilidade, bem como com o texto referente ao disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal, que dispõe que ninguém poderá ser preso, salvo em flagrante delito, ou por ordem escrita de autoridade judiciária competente ou nos casos de sentença condenatória transitada em julgado. despeito de muitas posições a favor de que o marco final de aplicação do princípio da não culpabilidade ocorre após a sentença condenatória transitar em julgado, o Supremo Tribunal Federal mudo o entendimento que vinha sendo aplicado e, a partir do julgamento do HC 126292/SP passou a admitir a prisão como decorrência lógica da confirmação da sentença condenatória em segunda instância" (Toschi, 2019, p; 26).

aplicação da legislação processual penal e da própria Constituição Federal, em prol da eficiência e celeridade da aplicação da pena.

Fator que evidencia a jurisdição penal como um espaço estrutural de tensão entre a garantia constitucional da presunção de inocência e a exigência de efetividade do *jus puniendi* estatal. A atuação do Supremo Tribunal Federal, tal como reconstruída no voto do relator, não se limita à aplicação automática de normas previamente definidas, mas envolve escolhas interpretativas diante de valores constitucionais concorrentes, o que revela um exercício jurisdicional que ultrapassa a mera subsunção normativa (Brasil, STF, 2019).

> Nesse julgamento, houve uma nova conceituação de trânsito em julgado: trânsito em julgado formal e trânsito em julgado material para suscitar uma interpretação conforme o texto constitucional, criando uma confusão na relação do conceito de trânsito em julgado e do conceito de coisa julgada formal e material (Toschi, 2019, p; 26).

Nesse contexto, o voto do Ministro Teori Zavascki promove uma redefinição do alcance da presunção de inocência, ao sustentar que tal princípio não se estende necessariamente até o exaurimento de todos os recursos extraordinários. A partir do julgamento em segundo grau, haveria, segundo o relator, um juízo suficientemente consolidado de culpabilidade, apto a legitimar o início da execução da pena. Trata-se de uma reconstrução interpretativa do conteúdo normativo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, realizada no plano jurisdicional, e não decorrente de modificação legislativa expressa.

O argumento do exaurimento da cognição fático-probatória nas instâncias ordinárias desempenha papel central nessa construção. Ao afirmar que os tribunais superiores estão limitados ao exame de matérias de direito, o relator estabelece um critério interpretativo que fundamenta a relativização da presunção de inocência. Esse critério não decorre diretamente do texto constitucional, mas é elaborado no interior da argumentação judicial, evidenciando a atuação criativa da jurisdição na definição dos limites dos direitos fundamentais.

A decisão analisada demonstra, ainda, que o Supremo Tribunal Federal se encontrava diante de alternativas interpretativas juridicamente possíveis, tanto no sentido de vedar quanto de permitir a execução provisória da pena. A opção pela antecipação do cumprimento da sentença não se apresenta como única resposta correta imposta pelo ordenamento, mas como uma escolha justificada por argumentos ligados à efetividade da jurisdição penal, ao combate à impunidade e à credibilidade do sistema de justiça criminal. Tal circunstância caracteriza um espaço típico de discricionariedade jurisdicional.

A extensa utilização de argumentos de autoridade, de exemplos jurisprudenciais, de direito comparado e de consequências práticas reforça essa constatação. A decisão não se

ancora em uma norma determinante clara, mas em uma rede argumentativa destinada a legitimar uma determinada opção interpretativa. A jurisdição, nesse sentido, não se limita a descobrir o direito aplicável, mas constrói discursivamente a solução adotada, o que é indicativo de exercício discricionário.

Além disso, o julgamento evidencia a possibilidade de relativização de direitos fundamentais por decisão judicial. A restrição do alcance da presunção de inocência decorre de uma deliberação do Supremo Tribunal Federal, e não de uma ponderação previamente estabelecida pelo legislador constituinte ou infraconstitucional. A jurisdição assume, assim, um papel normativo relevante, ao definir os contornos concretos de garantias constitucionais.

Por fim, o próprio objeto do estudo permite identificar indícios claros de discricionariedade em sentido forte, conforme a teoria de Ronald Dworkin. A ausência de uma regra jurídica clara que imponha a execução provisória da pena, a utilização de critérios extrajurídicos ligados à política criminal e à eficiência do sistema, bem como a criação judicial de parâmetros normativos, indicam que o julgador não atuou apenas dentro de uma discricionariedade fraca, mas exerceu um poder decisório que se aproxima da discricionariedade forte no âmbito da jurisdição penal.

Em razão dessa complexidade conceitual, Dworkin propõe a estratificação da discricionariedade em três níveis, segundo suas respectivas “forças”: duas formas de discricionariedade em sentido fraco e uma forma em sentido forte. No primeiro sentido fraco, o termo é empregado para indicar situações em que os padrões normativos aplicáveis não podem ser executados de forma puramente mecânica, exigindo, por parte da autoridade, o exercício da capacidade de julgamento. Tal hipótese se verifica, sobretudo, quando o contexto normativo não é suficientemente claro ou quando os pressupostos normativos não fornecem todas as informações necessárias à decisão (Dworkin, 2001).

A tensão entre garantismo e eficientismo é um foco constante de debates interpretativos. Normas processuais são frequentemente interpretadas sob a ótica da "celeridade" ou da "efetividade da punição", o que pode levar à flexibilização de garantias individuais, como o direito à prova, o contraditório ou a presunção de inocência. Por outro lado, interpretações excessivamente formalistas e garantistas, por vezes, são acusadas de dificultar a persecução penal de crimes graves, gerando uma percepção social de impunidade.

É nesse cenário que a interpretação conceitual de Dworkin poderia oferecer uma contribuição significativa. Ao enfatizar a busca por uma melhor luz moral e política para as normas, e ao postular a integridade do direito, a abordagem dworkiniana oferece um caminho para superar o mero formalismo e o ativismo desmedido. Ela não permitiria que o juiz

"inventasse" soluções, mas o constringiria a interpretar a norma de forma a torná-la coerente com os princípios e valores subjacentes que justificam o sistema como um todo.

Por exemplo, na interpretação da validade das provas ilícitas (art. 157 do CPP), uma abordagem dworkiniana buscaria não apenas a aplicação da regra de inadmissibilidade, mas a compreensão conceitual do porquê essa regra existe: a integridade do sistema jurídico exige que o Estado não se valha de sua própria transgressão para punir, protegendo o direito fundamental à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Assim, a interpretação não seria um ato discricionário, mas a busca pela decisão que melhor justifique essa proibição à luz dos princípios constitucionais mais elevados.

Essa dicotomia entre garantir e punir, e punir garantindo direitos, reflete na análise dworkiniana na obra Levando os Direitos a Sério, quando Dworkin discute a resposta do direito positivo às críticas dirigidas às defesas penais baseadas no estado mental do réu, como erro, negligência ou doença mental. Alguns críticos sustentam que tais defesas deveriam ser reduzidas porque atrapalham a prevenção do crime e a dissuasão, além de aumentarem custos e abrirem espaço para abusos. O positivismo rejeita essa visão ao afirmar que o direito penal não pode ser moldado exclusivamente por objetivos utilitaristas, já que princípios morais e limitações éticas também orientam o sistema. Ele argumenta que, embora essas defesas possam reduzir a eficiência da prevenção, isso não basta para eliminá-las, e analisa se tais escusas correspondem a alguma tradição moral ou finalidade social relevante.

A teoria positivista compreende que a tese sobre tais defesas evita punir pessoas moralmente não responsáveis, mas critica a ideia de que o direito penal vise apenas punir atos moralmente condenáveis. Dworkin, porém, observa que o positivismo descarta essa tese rapidamente, confundindo diferentes bases de responsabilidade moral. O utilitarismo entende que a “punição” substituída por “tratamento” desliga o direito penal da noção de culpa. A teoria positivista oferece duas justificações em resposta: primeiro, a de que tais defesas aumentariam o controle dos indivíduos sobre seu destino, embora esse argumento seja considerado frágil; e, segundo — sua defesa mais forte — a de que uma sociedade humana trata ações como expressões de intenções. Eliminar essas defesas significaria tratar pessoas como objetos manipuláveis, e não como agentes dotados de fins próprios (Dworkin, 2002).

Analisa-se como punir alguém que cometeu uma conduta lesiva e proibida de modo tal que suas garantias à dignidade, saúde mental e tratamento, sejam respeitados; ao passo que não transpareça má gestão ou descaso estatal. Cabe ao juiz de direito avaliar e interpretar o caso, verificar se é fácil ou difícil, conforme legislação, princípios e garantias morais, buscando a resposta correta.

A discricionariedade apresentada pelo positivismo é ato sem vinculação. Para sanar a lacuna ou omissão legislativa, poderia o julgador se valer de fatores desconhecidos ou não verificáveis – uma vez que sequer poderia ser considerado direito, já que não legislado–, buscando em princípios ou elementos não reconhecidos. Por isso diz ser ampla e desmedida, recaindo em fatal problema. Ao tratar da discricionariedade judicial, Hart rechaça a crítica, destaca que o poder criativo do juiz é limitado por restrições substantivas, que exigem justificativas gerais para evitar arbitrariedades; e por restrições institucionais, já que decisões judiciais resolvem apenas casos concretos e não promovem reformas amplas. Ele rejeita o argumento de que sua concepção seria antidemocrática, defendendo que a atribuição de algum grau de discricionariedade aos juízes é comum nas democracias modernas e representa um preço razoável para garantir a efetividade do sistema jurídico (Streck; Motta, 2018).

Por sua vez, Dworkin rebate as censuras que acusam sua teoria de subjetivismo ou de reintroduzir discricionariedade sob outra forma. Para o autor, a alegação de que a interpretação seria apenas "opinião pessoal" ignora que toda prática jurídica já opera por meio de argumentação racional, revisão de convicções e busca por justificativas coerentes. A integridade não concede liberdade arbitrária ao julgador, mas impõe um dever de responsabilidade política: o juiz deve justificar a decisão como parte de uma comunidade de princípios, explicando como ela se ajusta ao todo do sistema. Dworkin sustenta, portanto, que a resposta correta não é um ideal metafísico inalcançável, mas o resultado de uma prática interpretativa rigorosa, contínua e orientada pela coerência e pela justiça (Marin, 2019).

Dworkin introduz ainda a noção de ascensão justificadora, mecanismo pelo qual os argumentos utilizados em um caso são testados diante de princípios mais amplos do sistema jurídico-político. Se um princípio adotado para decidir um caso revelar inconsistências quando comparado a outras áreas do direito, tal princípio deve ser reavaliado. Essa exigência fortalece a coerência interna do sistema, aproximando o direito como integridade do círculo hermenêutico e revelando sua importância especial em contextos constitucionais complexos, como o brasileiro, que demanda compatibilização entre múltiplos direitos fundamentais. Assim, a integridade funciona como antídoto à discricionariedade, tanto ao eliminar teorias incompatíveis com o sistema quanto ao orientar a fundamentação moral da decisão (Marin, 2019).

A concepção dworkiniana de interpretação jurídica é uma prática essencialmente subjetiva, mas não subjetivista. A resposta interpretativa parte do sujeito, afastando-se da metafísica que busca verdades absolutas, porém permanece vinculada a um paradigma intersubjetivo que exige prestação de contas, coerência e justificabilidade pública. Assim,

embora não exista uma resposta que seja absolutamente aceita por todos, isso não invalida a existência de respostas corretas no pós-positivismo: a correção deriva da capacidade de apresentar o direito em sua melhor forma, de modo coerente com toda a comunidade de princípios (Marin, 2019).

2.3 CRÍTICAS E DESAFIOS HERMENÊUTICOS: A AUSÊNCIA DE UMA TEORIA INTERPRETATIVA PREPONDERANTE

As práticas interpretativas no Processo Penal brasileiro, embora formalmente ancoradas nos métodos clássicos e influenciadas pelos princípios constitucionais, frequentemente revelam fragilidades e inconsistências que geram insegurança jurídica e afetam a efetividade da justiça. A complexidade do sistema legal, somada à enorme carga de trabalho dos tribunais, muitas vezes impede uma análise aprofundada e coerente das normas.

Um dos principais problemas é a fragmentação das práticas interpretativas. Mesmo diante de textos normativos semelhantes, tribunais e juízes podem adotar interpretações divergentes, baseadas em métodos distintos ou em ponderações de princípios heterogêneas. Essa falta de uma metodologia interpretativa unificada contribui para a oscilação jurisprudencial, dificultando a previsibilidade e a isonomia no tratamento dos casos.

No âmbito do Direito Processual Penal, numa linha que é tomada pela interdisciplinaridade com a psicologia, diz-se que esse estado de cognição prévia tende a ser mantido pelo intérprete. Pode-se afirmar que o indivíduo buscará manter coerência entre aquilo que concebia como correto (opiniões e crenças) com suas atitudes interpretativas (Ritter, 2019, p. 100). Qualquer rompimento desse estado de coerência subjetiva, causa contexto antagônico e inquietante, gerando desagradável dissonância cognitiva, entre o que se sabe e que se percebe (Ritter, 2019). E é decorrente dessa incoerência, pretendendo o equilíbrio e harmonia entre o que era cognoscível, perceptível e agido, que o sujeito tenta eliminá-la por meio de processos mentais que são representados pela *teoria da dissonância cognitiva* (Ritter, 2019, p. 101). Assim, existindo a dissonância (aqui visto como desequilíbrio entre conhecimento e interpretação), haverá pressão involuntária para reduzir ou eliminar a incoerência e para evitar fontes de elementos e informações que a reforcem (Ritter, 2019, p. 102).

Será no plano (in)voluntário de percepção que fatos novos e imprevistos poderão causar o desequilíbrio no intérprete. E ainda que esses não ocorram, dificilmente se encontrará no Direito algo cem por cento preto ou branco, bom ou mau, certo ou errado, para que se possa dizer que se obterá um juízo definitivo e sem contradições ou dissonâncias (Ritter, 2019, p.

104). Parte-se de um razoável ponto de noção comum (Dworkin, 2018, p. 150), desde que não seja essa primeira visão carregada de opiniões prévias ou extravagantes sobre os conceitos centrais. Trata-se da *dissonância cognitiva*, conhecida como experiência comum que resulta em reflexos comportamentais e interpretativos do magistrado, a qual visa a manutenção de um estado de coerência entre aquilo que é conhecido, a partir de seu ambiente e cultura, e o que será interpretado no fato concreto. É experimentada por meio de ações interpretativas que alteram, desvalorizam adicionam ou evitam elementos dissonantes/divergentes da ideia inicial (Ritter, 2019, p. 104-105).

O problema reside na mácula que esse processo mental gera no interpretar do magistrado, causando uma temerária circularidade de opiniões dissonantes ou quando baseadas em premissas falsas ou irracionais (Dworkin, 2014, p. 151). Aqui reside um dos maiores problemas das teorias de interpretação – seja ela positivista ou pós-positivista (construtiva ou conceitual) –, a linha tênue entre a interpretação judicial e o ativismo judicial**,** mascarado de discricionariedade jurisdicional. Embora a Constituição de 1988 demande um papel mais proativo do Judiciário na concretização de direitos, há a crítica de que, em alguns casos, os juízes ultrapassam os limites da interpretação, criando normas ou soluções que deveriam ser de competência do legislador. Essa percepção de ativismo excessivo, muitas vezes associada a interpretações que se afastam do texto legal em nome de princípios não claramente definidos, compromete a legitimidade democrática das decisões e a separação de poderes.

Marin (2019) apresenta a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico ao desenvolver a ideia de *responsabilidade política dos magistrados*. Para ele, o exercício do poder judicial só é legítimo quando coerente com a teoria política que fundamenta todas as demais decisões do sistema jurídico. Essa exigência de "consistência articulada" impede decisões discricionárias, mesmo em casos difíceis, pois os juízes devem descobrir (e não criar retroativamente) os direitos das pessoas, ainda que a Constituição apresente termos vagos ou indeterminados.

Por isso Dworkin rejeita a divisão rígida entre casos fáceis e difíceis, amenizando-a e afirmando que ambos exigem interpretação, sendo necessário identificar os direitos que já existem à luz de uma teoria moral e política, e alinha sua teoria à hermenêutica filosófica ao reconhecer a historicidade da compreensão e a necessidade de reconstrução contínua do sentido (Marin, 2019).

Os casos difíceis (*hard cases*) são situações concretas que exigem uma maior deliberação e interpretação interdisciplinar a ser realizada pelo juiz, na forma que esperado fizesse Hércules e do modo que a lei determina, com integridade e interpretacionismo. Em

relação à identificação de casos difíceis ou fáceis a teoria positivista argumenta possuir critérios legais claros para distinguir decisões boas de decisões ruins, a uma porque casos difíceis não são predominantes, e segundo porque apenas algumas questões jurídicas serão submetidas á discricionariedade judicial, portanto, a discricionariedade não seria um problema. Além disso, os positivistas entendem que não é possível "definir adequadamente apenas uma resposta" especialmente em *hard cases* (Streck; Motta, 2018, p. 187). O que é rechaçado por Dworkin, "primeiro, há um problema inicial em se dizer o que é um *easy case* e um *hard case*. Aliás, a cisão entre os casos fáceis e casos difíceis já é, por si, é um caso difícil" na concepção dworkiniana (Streck; Motta, 2018, p. 187).

Um caso será identificado conforme quem o interpretar. Além disso a linguagem não é um instrumento que sirva à padronização da norma/autoridade como compreendem os positivistas, mas sim "condição de possibilidade, acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva" (Streck; Motta, 2018, p. 189).

> Ao admitir-se que determinadas situações não possuem uma solução jurídica adequada à Constituição se está, e por consequência, endossando um discurso de ceticismo, entregando ao sujeito protagonista da filosofia da consciência a solução para tal questão. Está-se dizendo, com outras palavras, que as coisas são relativas e isso é insustentável nesta Quadra da história sob a perspectiva filosófica que se instaurou após o giro ontológico linguístico. Portanto, ao contrário do que afirmou Hart, dizemos que justamente por sermos homens - e não deuses - é que não devemos lançar mão de escolhas em decisões judiciais (Streck; Motta, 2018, p. 189).

A falta de algo ou um *hard case* gera a necessidade de forte integração do Direito, com uso de princípios e costumes sociais, em prol de uma melhor resposta. Essa integração, quando super dosada, pode acarretar a sobreposição de funções legislativas pelo juiz ao usar de seu poder jurisdicional. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 13 de junho de 2019, constitui exemplo paradigmático de caso difícil (*hard case*) no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto à aplicação de métodos interpretativos e à tensão entre princípios constitucionais conflitantes.

2.3.1 *Hard Case*: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26: a criminalização da homotransfobia

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, foi proposta em contexto de vulnerabilidade social extrema da população LGBT+ no Brasil, objetivando questionar a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar condutas de homofobia e

transfobia, com fundamento nos art. 5º, inc. XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2019).

Dados apresentados por *amicus curiae* demonstravam que o país figurava como o líder mundial em crimes letais motivados por homotransfobia, com números alarmantes: segundo o Grupo Gay da Bahia (GGB), organização não governamental que monitora violência contra LGBT+ desde 1980, foram registradas 445 mortes de pessoas LGBT+ em 2017, representando aumento de 30% (trinta porcento) em relação ao ano anterior, uma morte a cada 19 horas e grande influência em tentativas de suicídio entre jovens (Brasil, 2019, p. 72-73).

O contexto jurídico revelava uma omissão legislativa prolongada de mais de 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Diversos projetos de lei tramitavam no Congresso Nacional sem aprovação. Todos os projetos enfrentavam obstrução sistemática no Congresso Nacional, especialmente por pressão de grupos religiosos e conservadores organizados em bancadas parlamentares, configurando o que a doutrina denomina inércia deliberativa (*inertia deliberandi*) - a omissão não resulta de esquecimento, mas de escolha política deliberada de não legislar (Brasil, 2019, p. 316-329).

O Partido Popular Socialista (PPS), legitimado para propositura de ADO nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal, protocolizou a ação em 19 de dezembro de 2012, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello (Decano do STF). A petição inicial estruturou-se em três eixos argumentativos principais:

I. Mandado de Criminalização Constitucional: o requerente sustentou que o art. 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece mandado de criminalização de caráter geral: "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*". O verbo "punirá" no futuro do presente do indicativo, segundo a inicial, impõe ao legislador dever constitucional de criminalizar todas as formas graves de discriminação, incluindo homofobia e transfobia. Subsidiariamente, invocou-se o art. 5º, XLII: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*". Argumentou-se que a homotransfobia constituiriam espécies do gênero "racismo", compreendido em sua dimensão social (não meramente biológica), como ideologia de inferiorização de grupos humanos.

II. Mora Inconstitucional do Congresso Nacional: a petição demonstrou que, desde 1988, diversos projetos de lei tramitavam sem aprovação, caracterizando omissão inconstitucional prolongada. Citou-se precedente do próprio STF no MI 670/ES

(direito de greve de servidores públicos), no qual a Corte reconheceu mora legislativa e supriu temporariamente a lacuna normativa.

III. Pedidos Formulados:

a) Principal: reconhecimento da mora inconstitucional e fixação de prazo razoável (sugeria-se 18 meses) para que o Congresso Nacional editasse lei específica criminalizando da homotransfobia;

b) Subsidiário: caso transcorrido o prazo sem edição de lei, aplicação temporária da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo) às condutas homofóbicas e transfóbicas, mediante interpretação conforme à Constituição;

c) Alternativamente: declaração de que as condutas homofóbicas e transfóbicas já se enquadram na Lei 7.716/89, independentemente de prazo, por configurarem racismo social.

A Ação Direta por Omissão n.º 26 tramitou de forma complexa e prolongada, com fases que se estenderam desde dezembro de 2012 até a admissão de *amici curiae* em 2015, incluindo a participação de organizações de defesa dos direitos LGBT+ e entidades religiosas, sendo posteriormente conectada ao Mandado de Injunção n.º 4.733, ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), em razão da identidade de objeto.

Na sequência, após quatro anos, sobrevieram as sustentações orais e o julgamento conjunto entre fevereiro de junho de 2019. Diferentemente de outros casos, o STF não modulou efeitos temporais da decisão, a fim de aprazar ou mitigar a validade e aplicabilidade do resultado. A criminalização passou a valer imediatamente (*ex nunc*), respeitando o princípio da legalidade que veda a retroatividade penal. Por maioria de votos (8 a 3 quanto ao remédio; 10 a 1 quanto à mora), o STF: (i) reconheceu a mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional; (ii) determinou a aplicação da Lei 7.716/89 às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que legislação específica seja editada, com eficácia temporal imediata; (iii) estabeleceu que, em casos de homicídio doloso, a motivação por homofobia/transfobia constitui qualificadora (motivo torpe - art. 121, § 2º, II, CP).

A tese jurídica fixada estruturou-se em quatro pilares: (a) enquadramento penal temporário na Lei 7.716/89; (b) proteção à liberdade religiosa, ressalvando que manifestações religiosas não configuram crime, salvo se constituírem discurso de ódio (*hate speech*); (c) adoção de conceito evolutivo de racismo, ultrapassando aspectos biológicos ou fenotípicos para abranger a dimensão social de racismo – a negação da dignidade e humanidade de grupos

vulneráveis; (d) mandado de criminalização constitucional, ao indicar que o Estado “punirá” e manutenção da separação de Poderes.[10]

2.3.1.1 Caracterização como Caso Difícil

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 reúne todos os elementos estruturais que caracterizam, no sentido técnico-jurídico-filosófico, um caso difícil (*hard case*), distinguindo-se radicalmente dos casos rotineiros (*easy cases*) solucionáveis por simples subsunção da norma ao fato. A complexidade do caso revela-se em quatro dimensões fundamentais, que serão apresentadas.

O primeiro elemento caracterizador de caso difícil reside na inexistência de resposta clara e unívoca no ordenamento jurídico positivo. A literalidade do texto legal contido no art. 1º, da Lei 7.716/89, em sua redação vigente à época do julgamento, não mencionava "orientação sexual" ou "identidade de gênero".[11] Tampouco a Constituição Federal, ao tratar de racismo (art. 5º, XLII), define expressamente o alcance do conceito. Surge, portanto, problema hermenêutico: o conceito de "racismo" é fechado (restrito aos termos expressamente previstos) ou aberto (passível de interpretação extensiva)?

---

[10] Por maioria, fixaram-se as seguintes teses: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...].” (Brasil, 2019, p. 10-11)

[11] Art. 1º “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (Brasil, 1989).

Essa indeterminação semântica não é acidental. Trata-se de conceito jurídico indeterminado cuja aplicação concreta exige valoração do intérprete. No voto condutor, o Min. Rel. Celso de Mello revela sua preocupação no sentido de que o termo "raça", na Lei 7.716/89, não pode ser biológico, mas deve ser sociológico ou normativo – o que, por sua vez, abre espaço para diferentes concepções sobre o alcance do conceito.[12]

O segundo elemento caracterizador é a existência de tensão entre princípios constitucionais de mesma hierarquia, sem que haja critério formal para solução do conflito. De um lado, o princípio da legalidade estrita em matéria penal (exige lei formal anterior definindo condutas criminosas), o princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88, em que a criação de tipos penais é competência privativa do Poder Legislativo pelo Congresso Nacional) e o princípio da segurança jurídica que impõe previsibilidade e clareza sobre condutas criminalizadas.[13]

---

[12] Como observou o Ministro Celso de Mello no voto, acerca da plasticidade semântica e polissemia do termo *raça*: "O autor da presente ação constitucional alega que a noção conceitual de 'raça' que compõe a estrutura normativa dos tipos penais incriminadores previstos na Lei nº 7.716/89 tem merecido múltiplas interpretações, revestindo-se, por tal razão, de inegável conteúdo polissêmico [...] A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de 'raça' permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie, [...] da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição..." (Brasil, 2019, p. 128). E sobre a inexistência de raças biológicas, ainda reafirmou: "Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais" (Brasil, 2019, p. 109). Nesse ponto, reproduziu parecer do Professor Celso Lafer quanto e tese do crime impossível por ausência de objeto: "Só existe uma 'raça' – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indis, os ciganos ou quaisquer outros grupos [...] não formam raças distintas. [...] Levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças" (Brasil, 2019, p. 111).

[13] A Ministra Rosa Weber (Brasil, 2019, p. 384 e 387), em sua declaração de voto, para rejeitar o pedido principal (de criação judicial de um tipo penal novo), acolhendo o pedido subsidiário (de interpretação conforme para enquadrar a homotransfobia na Lei nº 7.716/89), enfatizou a centralidade do debate principiológico: "Consabido que, no Estado democrático de direito, somente ao legislador é dado limitar o âmbito de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, como ocorre, por definição, com as normas criminalizadoras de condutas, integrantes do núcleo do direito penal. O caráter criativo da interpretação do direito efetuada pelo Poder Judiciário encontra limites intransponíveis na necessidade de manutenção da estrutura de separação de poderes e do princípio do rule of law, instituições ínsitas ao regime democrático. Por este motivo, a integração normativa deve ser determinada – e legitimada – por um comando constitucional expresso." [...] "A garantia fundamental da anterioridade da lei penal estrita (nu*llum crimen nulla poena sine lege*) é assegurada no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, segundo o qual 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'. Mais do que um princípio, manifesta um valor estruturante da democracia, do Estado de direito e do próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia dos jurisdicionados, 'a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático' e 'a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo' [...] A Constituição investe no Congresso Nacional, com exclusividade, a legitimidade para definir crimes e agravar penas (arts. 22, I e 48, da CF). Veda a Constituição até mesmo a edição de medida provisória sobre direito penal [...] Do princípio da legalidade deriva, ainda, a proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)."

Doutro lado, encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput) que demandam proteção penal efetiva de grupos vulneráveis, o mandado de criminalização de discriminações de direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), e o objetivo fundamental da República que se encontra em "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, CF).

A relação conflituosa entre esses princípios não possui resposta evidente no texto constitucional ou legislação federal, não podendo ser resolvido por critério de hierarquia formal. A solução exige ponderação, que, por sua natureza, envolve escolha valorativa do intérprete.

Por terceiro, a questão envolve desacordo conceitual genuíno sobre o alcance do termo "racismo" contido no art. 5º, XLII, da Constituição e na Lei 7.716/89. Não se trata de mero desacordo sobre fatos empíricos (que poderia ser resolvido por prova) nem sobre a existência de determinada norma jurídica (que poderia ser resolvido por pesquisa legislativa). Trata-se de desacordo sobre o próprio sentido de termo central à controvérsia, o que exige interpretação do conceito jurídico, cujo conteúdo é indeterminado, pois não é fixado por critérios empíricos objetivos e a análise depende de escolha valorativa: racismo abrange apenas discriminação fundada em critérios biológicos/fenotípicos (raça, cor), ou alcança toda forma de discriminação estrutural que negue a humanidade de grupos (racismo social)?

O próprio julgamento da ADO e o fundamentado debate travado trouxe três concepções distintas do mesmo termo. Concepção biológica/fenotípica (defendida pela minoria vencida) entende que "racismo" se refere exclusivamente a discriminação baseada em características biológicas (cor da pele, traços fenotípicos), portanto, a orientação sexual não seria "raça". Na concepção social/estrutural (adotada pela maioria) o termo abrange toda ideologia de inferiorização de grupos humanos, independentemente da base (fenótipo, etnia, religião, orientação sexual), de modo que o fundamento do conceito passa a ser sociológico, não biológico.[14] E na concepção restritiva (aderida apenas pelo Min. Marco Aurélio), o art. 5º, XLI e XLII, CF/88, não estabelecem mandado de criminalização direta da homotransfobia. Em

[14] O que se vê na Ementa e Tese de Julgamento da ADO n. 26, redigida pelo Ministro Celso de Mello "O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito." (Brasil, 2019, p. 6).

seu verbo "punirá" não implica necessariamente sanção penal, podendo ser administrativa, mas apenas prevê que, se houver criminalização de racismo, esta será inafiançável e imprescritível.

Esse desacordo não poderia ser resolvido pela pura linguagem, mediante análise empírica (pesquisa científica) nem mediante consulta ao dicionário (análise semântica), nem mesmo pela interpretação literal, gramatical, teleológica ou história, ou outros métodos tradicionais e pragmáticos. Exigiu teoria normativa sobre o que torna uma prática "racista" e sobre qual concepção de racismo é constitucionalmente adequada; nota-se que o caso demandou uma interpretação construtiva dworkiniana.

A quarta característica do caso difícil é a existência de tensão institucional manifesta, existente no caso examinado, qual seja a usurpação de competências entre os Poderes. A criminalização de fato ou conduta mediante interpretação e análise judicial de lei pré-existente e de situação não expressamente prevista, suscita o debate sobre separação de poderes e limites da jurisdição constitucional. Enfrentam-se os limites de atuação do Judiciário e o ativismo constitucional usado para suprir omissão do congresso, se há legitimidade da criminalização por via judicial ou trata-se de usurpação de competência legislativa pelo Supremo Tribunal Federal.

A análise do inteiro teor da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão demonstra que o Supremo Tribunal Federal mobilizou múltiplos métodos interpretativos, com predominância de abordagens principiológicas e evolutivas, e rejeição explícita do literalismo. Essa multiplicidade não é acidental, mas estrutural: em casos difíceis, não há método único que forneça resposta unívoca. O atual panorama jurídico penal não estabelece uma teoria interpretativa condizente com casos complexos e interdisciplinares, capaz de autorizar inovação valorativa e legislativa.

Eis a maior crítica interpretativa que recai sobre os *hard cases* enfrentados pelo STF, o uso de métodos não explícitos, que se confundem com discricionariedade e beiram o ativismo judicial. Grande parte dos ministros do STF afirmam que a técnica aplicada na ADO foi a

interpretação conforme à Constituição, deixando para o segundo plano a progressista e teleológica, e que aquela não se confunde com o método da sentença aditiva.[15]

Os Ministros argumentam que a Lei 7.716/89, lida à luz da Constituição, já abrange homotransfobia, pois o conceito de "racismo" não é estático, mas evolutivo, há exigência da criminalização de discriminações e a interpretação conforme revela esse sentido constitucional já presente. Técnica que estaria alinhada à prática de interpretação moral da Constituição, sustentada pelo Min. Luis Roberto Barroso, em que se consideram os valores morais subjacentes à Constituição, em especial a dignidade da pessoa humana, a igualdade e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Essa abordagem valoriza princípios morais na interpretação constitucional, aproximando-se do que a doutrina de Ronald Dworkin preconiza como adequada ou “resposta correta”.

Contudo, essa distinção entre "revelar" e "criar" pressupõe que existe um sentido prévio e objetivo na norma, independente do intérprete. Essa premissa é contestável do ponto de vista filosófico-jurídico, pois pressupõe que exista sentido objetivo prévio à atividade interpretativa e o conceito deva ser descoberto sem que o termo seja expandido, alterado ou inovado artificialmente para encaixar em uma premissa aclamada por parte da sociedade. Essa visão ignora que o sentido das palavras depende do contexto social e político em que os intérpretes se encontram e que suas vivências, estudos e pré-conceitos interferem na análise. Os textos normativos abstratos não possuem sentido unívoco independente do intérprete e, embora pouco reconhecido, a aclamação da sociedade e mídia importam para o julgamento no STF.

Por isso também se utilizou da interpretação teleológica no julgamento, para identificar a finalidade (*telos*) das normas constitucional e penal sobre discriminação. Pela qual, verificou-se que o propósito da norma (datada de 1987, momento em que a sociedade não debatia o preconceito sexual e de gênero) era proteger a dignidade humana contra discriminação e, portanto, em razão de intenção normativa se fazia necessária a abrangência de proteção penal da população LGBT+. De acordo com Dworkin, a interpretação é sempre atividade construtiva,

---

[15] O Min. Relator Celso de Mello dedicou trecho à distinção conceitual: "Inacolhível, portanto, a alegação de que a decisão do Supremo Tribunal Federal a ser proferida no caso presente qualificar-se-ia como sentença aditiva [...] pois, na realidade, está-se a utilizar o modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, sem que se busque reconstruir, no plano exegético, a própria noção de racismo, cujo sentido amplo e geral já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relevantíssimo precedente ('caso Ellwanger') [...] no caso ora em julgamento, inexiste reconstrução jurisdicional de tipos penais, inocorre extensão de legislação criminal a situações ou a comportamentos absolutamente estranhos ou despojados de um vínculo mínimo de pertinência com a descrição típica nela contida, nem se verifica qualquer inovação no plano do ordenamento penal, pela inserção, nele, de nova hipótese de incidência de norma incriminadora. A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo [...].” (Brasil, 2019, p. 134-135).

não meramente "descritiva" (essa questão é aprofundada no Tópico 3, quando é analisada a relação da decisão com a teoria dworkiniana da interpretação como prática construtiva), e aplicando-a a um caso complexo, permitiria a expansão do conceito sem criar norma.

Daí advém também o emprego do método de interpretação evolutivo ou progressivo, segundo a qual o texto constitucional não é imutável, devendo adaptar-se às mudanças sociais sem perder seus valores essenciais. O que impõe uma revisão dos conceitos e abrangência da letra constitucional e penal, com o fito de atualização do sentido das normas. Disso, dando garantia aos princípios da igualdade e da dignidade do ser humano, desvelou-se que o conceito de 'raça' não pode ser compreendido em sua acepção biológica estrita e que a Lei 7.716/1989 abrange atos discriminatórios e preconceituosos praticados contra minorias sociais, ainda que motivados por orientação sexual e/ou identidade de gênero.[16]

Essa maneira de análise legislativa e constitucional, dialoga com um terceiro método aplicado de forma recorrente na ADO e que se assemelha em partes importantes com a teoria interpretativa conceitual e construtiva de Dworkin, a interpretação sistemática. O sistema legislativo brasileiro, seja ele penal ou processual penal e os princípios entabulados ou não na Constituição da República, não podem ser lidos como um mosaico desconexo de dispositivos isolados ou um quebra-cabeça impossível de ser resolvido, mas um sistema coerente de normas e princípios que se inter-relacionam e se complementam. Busca-se coerência entre os diversos dispositivos constitucionais, evitando interpretações isoladas que gerem contradições no sistema.

O quinto método interpretativo central foi o uso de precedente (*stare decisis*),[17] especificamente do HC 82.424/RS (Brasil, 2003), no qual o STF julgou a publicação de livros antissemitas como crime de racismo. Naquele caso, a Corte se debruçou em analisar se o

---

[16] O Ministro Ricardo Lewandowski complementou o argumento evolutivo: "Do ponto de vista da evolução legislativa, observa-se que originalmente o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor. Tal dispositivo, no entanto, foi paulatinamente ampliado para outras formas de discriminação que se afiguram igualmente incompatíveis com o princípio da igualdade. A ampliação da proteção criminal no referido diploma se deu principalmente (i) com a edição da Lei 9.459/1997, que alterou o supracitado art. 1º, firmando a reprovabilidade da discriminação resultante de etnia, religião ou procedência nacional; e (ii) com a inclusão do art. 20 no diploma normativo a partir da edição da Lei 8.081/1990, posteriormente alterado também pela Lei 9.459/1997, que consagrou a reprovabilidade de atos de indução à discriminação." (Brasil, 2019, p. 530-531).

[17] O uso de *precedentes* no direito brasileiro ainda é tema de controvérsia. Importado do direito americano e inglês, o uso de *leading cases* tem origem e estrutura no sistema da *common law*, que é baseado em análise de casos paradigmáticos pelas Cortes Constitucionais e nos costumes judicializados. Nesse sistema, o juiz através da decisão, e por consequência a jurisprudência, tem especial função de criação de norma e fonte primária do direito, leis e mandamentos. O que difere em muito do sistema brasileiro da *civil law*, que exige uma legislação forte e clara, e no qual foram enxertados os recursos repetitivos, de maneira a abarcar o uso constante de jurisprudência na interpretação legislativa e de casos, uma vez que a lei pura já não bastava mais, porquanto defasada ou dúbia, merecendo uma constante atualização.

conceito de *judeus* se constituía em *raça*. O precedente vinculante estabelecia que biologicamente não existe "raça judaica", mas o racismo possui dimensão social, referindo-se a qualquer ideologia que pregue a inferiorização de um grupo humano. Portanto, após a interpretação construtiva e conceitual do *ato de antissemitismo*, igualaram-no a racismo. Essa metodologia se apresenta na declaração de voto do Min. Rel. Celso de Mello:

> Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (Brasil, 2019, p. 115).

O uso de precedentes (*leading cases*) constitui uma das bases da teoria interpretativista de Ronald Dworkin, que vê o direito como integridade e estabelece uma constante construção, coerente e em série, dos conceitos e significados. Embora não citada expressamente, a forma como o STF utilizou o precedente Ellwanger reflete a ideia de que o direito se desenvolve como um "romance em cadeia" (termo talhado por Dworkin em suas obras): cada nova decisão deve ser coerente com as anteriores, mantendo a integridade do sistema.

Assim como nas teorias de interpretação de Dworkin, houve no voto condutor uma rejeição expressa da interpretação literal e restritiva do termo analisado. Como já exaustivamente tratado, a literalidade do conceito raça remete a conceito biológico que foi instituído pela própria sociedade; afinal, não existe uma raça humana distinta da outra, como há em outras espécies de animais. Assim, ineficaz a análise gramatical do termo, interpretar 'raça' de forma literal-biológica significaria adotar concepção do século XIX, incompatível com os conhecimentos científicos atuais e com os valores da Constituição de 1988. Esse método de interpretação gramatical foi exaurido pelos que sustentaram o entendimento divergente no caso analisado, sendo afastado pelo voto condutor, que destacou a prática do racismo como tradução "*do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas*" (Brasil, 2019, p. 115), e segue:

> Na realidade, o sentido de 'raça' – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social (Brasil, 2019, p. 132).

Contempla-se assim uma revisão do caso difícil de forma concatenada e construtiva, que uniu a visão da legislação conforme os preceitos constitucionais (principiológicos e morais), primou por entender a finalidade original da lei e atualizar o sentido da norma de modo progressista para o momento social e político atual, sem esquecer dos casos anteriores e do sistema em que contida a norma. Ao cabo, respeitando dignidade humana e igualdade, sem ferir o princípio da reserva legal e a separação de poderes, a Suprema Corte pode interpretar o conceito e construir uma nova resposta correta sem incorrer em sentença aditiva.

2.3.1.2 A resposta da teoria dworkiniana ao entendimento divergente

Para o Min. Lewandowski, redator do voto antagônico, o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição, determina que só há crime ou pena se definidos previamente por lei. Ele possui quatro dimensões: exigência de lei escrita, proibição de analogia em prejuízo do réu, vedação de retroatividade penal prejudicial e necessidade de tipicidade clara. Por consequência, o Judiciário não poderia cunhar novos delitos por interpretação; e, na prática, o que teria sido feito foi adicionar ao tipo penal da Lei 7.716/89 duas hipóteses não previstas pelo legislador: orientação sexual e identidade de gênero.

Segundo essa objeção, o STF teria "criado" tipo penal ao estender a Lei nº 7.716/89 para incluir orientação sexual e identidade de gênero, violando assim a exigência de que crimes sejam definidos de antemão por lei formal do Congresso Nacional. Essa é a crítica mais contundente à decisão proferida pelo Plenário do STF na ADO nº 26, que acusa a Corte de ter praticado, na essência, uma sentença aditiva, vedada pelo princípio da legalidade. Contudo, essa crítica repousa em uma confusão conceitual entre interpretação e adição normativa, que a teoria dworkiniana de interpretação construtiva permite esclarecer. A questão não é se o STF "criou" um novo tipo, mas se reconstruiu corretamente o conceito subjacente à Lei nº 7.716/89.

A Lei nº 7.716/89 criminaliza discriminação por "raça", "cor", "etnia" e "procedência nacional". O conceito de "raça" nessa lei não é uma categoria biológica fixa (cientificamente refutada), mas um conceito normativo que designa características imutáveis ou fundamentais à identidade pessoal que servem de base para discriminação sistemática e vincula o indivíduo a um grupo minoritário, negligenciado e vulnerável. Esse é o princípio subjacente que unifica as categorias expressamente mencionadas.

Quando o STF estendeu a proteção para orientação sexual e identidade de gênero, não "adicionou" novas hipóteses arbitrariamente. Ao contrário, identificou que essas características compartilham a mesma estrutura normativa das categorias originais: são imutáveis (ou muito

dificilmente mutáveis), fundamentais à identidade pessoal (não há uma escolha propriamente dita, a pessoa apenas “é”), e servem como base para discriminação sistemática. Logo, estão logicamente contidas no conceito, não adicionadas a ele. Isso é interpretação construtiva no sentido dworkiniano: reconstruir o sistema jurídico como um todo coerente de princípios, identificando o fundamento moral que une as regras expressas e aplicando-o a novos casos. Não é sentença aditiva porque não introduz novo conteúdo normativo não implícito no sistema; ao contrário, revela o conteúdo que sempre esteve implícito e conceitualmente abarcado.

A objeção de Lewandowski pressupõe que o conceito de "raça" é uma lista fechada de características, e que qualquer expansão é adição. Mas essa premissa é incompatível com a própria estrutura da Lei nº 7.716/89, que protege contra discriminação por múltiplas categorias sem defini-las de forma exaustiva. Se o legislador tivesse pretendido uma lista fechada, teria enumerado expressamente cada característica protegida. A ausência dessa enumeração sugere, ao contrário, que o legislador buscava proteger contra discriminação por qualquer característica imutável que servisse de base para discriminação sistemática.

Portanto, a teoria dworkiniana oferece uma resposta satisfatória à crítica de Lewandowski: o STF não violou a reserva legal porque não criou um tipo penal, mas interpretou corretamente o conceito existente à luz dos princípios constitucionais de igualdade e dignidade que o fundamentam. Isso é precisamente o que Dworkin entende por integridade jurídica: ver o direito como um sistema coerente de princípios, não como um conjunto fragmentado de regras.

Poderia ainda ser alegado pelos defensores do voto dissonante, que a ausência de menção legislativa em 1989 estabeleceria a amplitude do conceito, quando na verdade reflete apenas a limitação moral do legislador histórico ("preconceito legislativo"). Dworkin rejeitaria essa premissa argumentando que o juiz não deve ser prisioneiro das preferências legislativas contingentes, mas deve reconstruir o conceito à luz dos princípios constitucionais e da sociedade contemporânea. A Lei nº 7.716/89 ao se valer de categorias abertas e principiológicas, sugere que o fundamento é o princípio subjacente, vinculando-se à Constituição Federal, a qual estabeleceu explicitamente igualdade e dignidade como fundamentos, revelando seu alcance para além dos números fechados. Quanto à separação de poderes, Dworkin ofereceria uma resposta sofisticada: a separação não é absoluta, mas funcional, destinada a proteger direitos fundamentais. Quando o Legislativo falha sistematicamente em cumprir obrigações constitucionais, o Judiciário tem o dever de atuar, não invadindo competência legislativa, mas interpretando a Constituição de forma íntegra. O STF, na ADO nº 26, identificou que a Constituição já continha a obrigação de proteger contra

discriminação por orientação sexual, exercendo sua competência constitucional de guardião da Constituição, não legislando arbitrariamente.

O exame do voto divergente evidencia a complexidade do caso e torna-se fundamental para compreender a celeuma existente entre os diversos métodos interpretativos. A experiência de três posições distintas demonstra que não havia resposta evidente no ordenamento jurídico brasileiro, nem teoria ou método suficiente para resolver a complexidade do *hard case*. A teoria dworkiniana de interpretação construtiva se mostra abrangente e unificadora dos principais métodos aplicados. Mesmo a posição intermediária, que rechaçou a expansão do conceito, trouxe fundamentos principiológicos, constitucionais, legais e morais.

O teste da "melhor interpretação" em Dworkin deve satisfazer dois critérios simultâneos: ajuste e justificação; interpretação dada ajusta-se à Constituição de 1988, à Lei nº 7.716/89, à jurisprudência anterior e aos tratados internacionais, enquanto a interpretação literal de Lewandowski cria incoerência sistêmica e mantém a discriminação do vulnerável. Na dimensão da justificação, o voto majoritário ofereceu fundamentação moral (protege vulneráveis), política (realiza igualdade), jurídica (coerência sistêmica) e pragmática (resolve injustiça), enquanto a divergência liderada pelo Ministro Lewandowski ancora-se apenas numa dimensão formal de um princípio solitário, priorizando a estabilidade do texto normativo em detrimento da expansão conceitual protetiva. Comparando com outras técnicas de interpretação, invariavelmente a resposta é insuficiente: interpretação literal deixaria homofobia e transfobia desprotegidas; (b) interpretação conforme a Constituição chegaria ao mesmo resultado, mas com menos rigor filosófico e credibilidade moral; (c) interpretação progressista, poderia chegar a resultado semelhante, mas sem base principiológica e embasamento técnico necessário. Apenas Dworkin oferece justificação filosófica e jurídica rigorosa ao identificar o princípio subjacente e demonstrar que qualquer outra interpretação criaria incoerência sistêmica.

A interpretação do STF na ADO nº 26 é a melhor porque ajusta-se melhor à história institucional (Constituição, lei, tratados, jurisprudência), justifica-se melhor moralmente (protege vulneráveis), politicamente (realiza igualdade), juridicamente (coerência sistêmica) e pragmaticamente (resolve injustiça), oferecendo rigor filosófico superior ao identificar o princípio subjacente (características imutáveis que servem de base para discriminação sistemática) e mantendo coerência narrativa do direito brasileiro como projeto de igualdade e dignidade. Lewandowski oferece uma interpretação que não se ajusta à integralidade da Constituição de 1988, não se justifica moralmente (deixa vulneráveis desprotegidos), oferece rigor filosófico inferior (apenas formalismo legalista) e quebra a coerência narrativa ao

contradizer os fundamentos constitucionais. A teoria dworkiniana não apenas justifica a decisão do STF; oferece uma demonstração rigorosa de por que essa decisão é superior a alternativas.

São essas premissas claras da teoria de Ronald Dworkin, o qual se utiliza de casos difíceis e reais para justificar a necessidade de uma construção em cadeia do direito (romance em cadeia – decidir sem esquecer do contexto em que presente e do que já foi decidido), através de uma interpretação conceitual e construtiva, baseadas nos princípios constitucionais e morais do Direito para escolher a lei aplicável ao caso concreto, em busca da melhor (e única) resposta correta.

3 FUNDAMENTOS DA TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DE RONALD DWORKIN

Os fundamentos de interpretação de Dworkin estão assentados em sete pontos, são a integridade, a interpretação conceitual e construtiva, o caráter moral e avaliativo do direito, a centralidade dos princípios, a rejeição da discricionariedade criativa, o ideal do juiz Hércules e o direito como um romance em cadeia. Esses elementos compõem sua visão de que o direito é essencialmente prática normativa, e que decidir casos jurídicos exige justificar moralmente a coerção do Estado com base na melhor interpretação possível do sistema jurídico. Eis a questão, "faz sentido supor que exista a melhor interpretação – ou a interpretação verdadeira – de um conceito moral? [...] o processo de buscar o sentido de um evento, uma realização ou uma instituição" (Dworkin, 2014, p. 153).

O fundamento que estrutura sua crítica ao positivismo e, ao mesmo tempo, sua teoria interpretativa, está ancorado na compreensão do Direito como integridade, onde se exige que o direito (e a moral) seja visto como um sistema coerente e unificado de princípios, e não como um amontoado de regras isoladas. Para Dworkin,

> Formamos essas opiniões mediante a interpretação de nossos conceitos abstratos, interpretação essa que, em sua maior parte, é irrefletida. Instintivamente, interpretamos cada um desses conceitos à luz dos demais. Isso significa que a interpretação entrelaça e une os valores entre si. Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente (Dworkin, 2014, p. 152-153).

Dos juízes é preciso que interpretem a lei de forma a expressar uma visão única e coerente de justiça e equidade. Ao decidir, os juízes devem buscar a interpretação que melhor harmonize e justifique o sistema jurídico como um todo; quando interpretam, precisam considerar um conjunto coerente de princípios que justificam suas práticas ao longo do tempo.

Em sua obra O Império do Direito, Dworkin assevera que

> [...] a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (Dworkin, 1999, p. 264).

Conceitualmente, a integridade impõe ao Estado o dever de falar com uma única voz, tratando cada cidadão segundo um conjunto unificado de princípios que justificam a história institucional da comunidade, transformando o Direito em um todo orgânico e não em um mosaico de decisões casuísticas

O segundo ponto é justamente em relação a interpretação conceitual e construtiva, concebido como o método de atribuir um propósito ou valor a uma prática social (como o direito) para apresentá-la em sua "melhor luz" possível. O filósofo as apresenta como sendo o ato em que

> o intérprete busca o significado de um conceito, como os de justiça e verdade, que foi criado e recriado não por autores singulares, mas pela comunidade à qual o conceito pertence, comunidade essa que também inclui o próprio intérprete como criador. Ou seja, na interpretação conceitual desaparece a distinção entre criador e intérprete que marca as interpretações colaborativa e explicativa. Ela desaparece não porque o intérprete tenha a liberdade de usar esses conceitos como bem entender, mas porque seu uso dos conceitos, correspondendo à interpretação que ele crê ser a correta, mudará, talvez imperceptivelmente, o problema interpretativo enfrentado pelos futuros intérpretes (Dworkin, 1999).

Não é apenas descobrir o que o autor quis dizer, mas construir a melhor justificativa moral para a existência daquela prática. Esse é o núcleo metodológico da teoria dworkiniana, onde a leitura do Direito é feita de tal forma que a prática se demonstre o mais justificável moralmente possível. São três os passos interpretativos: pré-interpretação: identifica-se as normas, princípios e práticas sociais relevantes; interpretativa: formula-se a justificativa moral que explica e legitima a prática; pós-interpretativa: reformula-se as práticas a partir desta justificativa, orientando decisões futuras.

O caráter normativo da teoria jurídica é o ponto por onde se compreende a teoria como avaliativa, e não mera descrição. Dworkin nega a separação positivista entre direito e moral. Para ele, o direito é intrinsecamente moral e avaliativo, diretamente relacionado à moral; identificar o que o direito requer em um caso difícil exige necessariamente o exercício do raciocínio moral, “é necessário conceber a estrutura da moral em geral como semelhante à de uma árvore: o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral de bem viver” (Dworkin, 2014, p. 10).

Rejeita-se nesse ponto a neutralidade moral pretendida pelos positivistas. Não está em debate se o direito *é fato social*, ele se origina nas práticas sociais e nos conduz a elas. A controvérsia estabelecida está na discussão acerca da moralidade pertencente ao fato social ter implicação necessária no direito: se é usada como método avaliativo do mérito, se é universalmente aplicável e se serviria como padrão de correção moral. A *lei* (representação formal do direito) detém conteúdo moral *a priori* e necessário, ou não? Disso deriva o que se denominou de *tese da separabilidade.*

Para os *positivistas* há uma relação contingente, que pode existir em determinadas situações, mas não há uma necessidade de que toda a norma jurídica seja derivada ou contida

de moralidade. Noutro lado, o *anti-positivismo* entende que é preciso uma conexão (há uma conexão necessária), sendo direito e moral um "sistema único" (o direito está contido na moral), seus conteúdos e conceitos constituem-se em conjunto, de maneira que há um movimento contínuo entre o que o direito é (ser) e o que é valorado de seus fatos e atos através de juízos morais (dever ser).

O quarto ponto trata da centralidade dos princípios jurídicos – contrária à tese positivista acerca da regra de reconhecimento. Dworkin sustenta que direitos e deveres não derivam estritamente de regras, mas também de princípios com peso e força moral. Nesse ponto, compreende-se que decisões não são tomadas apenas com base em regras positivadas, mas também combinadas com princípios que podem ser extraídos de forma implícita ou explicita. Os princípios gerais do direito e sociedade devem guiar a interpretação:

> Qualquer um que faça questão de agir como deve tem de ter o objetivo de agir coerentemente com base em princípios. Mas por que nos importa que os outros ajam com responsabilidade? Nós nos importamos com o que eles fazem: queremos que ajam adequadamente. Mas por que nos importa, independentemente disso, saber se eles estão agindo por convicção ou por alguma outra razão? (Dworkin, 2014, p. 167).

Em Levando os Direitos a Sério, Dworkin explica que "tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção" (Dworkin, 2002, p. 42). Diferente das regras (que são diretrizes técnicas), os princípios são os fundamentos morais que exigem coerência e integridade de quem age. No direito dworkiniano, os princípios não são apenas auxiliares; eles são o próprio núcleo da responsabilidade política, garantindo que o Estado trate todos com igual consideração e respeito, servem eles de norte e parâmetro decisional.

A crítica acentuada aos positivistas elabora um outro ponto importante na composição dos fundamentos da teoria de Dworkin: a rejeição à discricionariedade forte; a qual, na concepção positivista, consentiria ao juiz a capacidade de "criar o Direito" com base na sua interpretação do caso difícil. Dworkin distingue a dificuldade do juiz (incerteza) da inexistência de uma resposta (indeterminação):

> Se examino os argumentos em todos os lados de uma questão e, mesmo depois de refletir, constato que nenhum conjunto de argumentos é mais forte que o outro, tenho, sem mais, o direito de declarar que não tenho certeza [...]. Mas, sob todos esses aspectos, a incerteza é diferente da indeterminação. A afirmação 'não sei se a proposição em questão é verdadeira ou falsa' é totalmente compatível com 'ela pode ser uma coisa ou outra', mas 'a proposição em questão não é nem verdadeira nem falsa' não é. Quando a incerteza é levada em conta, a tese da indeterminação como juízo-padrão cai por terra, pois se uma das alternativas – a incerteza – é o padrão, a indeterminação, que é coisa muito diferente, não pode sê-lo (Dworkin, 2014, p. 137).

Ele rejeita que o juiz possa "criar" arbitrariamente quando houver incertezas ou indeterminações. Quando o caso for difícil, não significa que não haja uma resposta correta latente no sistema de princípios que deve ser buscada com afinco. A discricionariedade (livre interpretação do juiz em casos lacunosos) é compreendida como uma atribuição a ser usada com base nos princípios existentes que justifiquem e estejam coerentes com o sistema jurídico. É com base no uso dessa discricionariedade que o autor afirma existir uma resposta correta a ser encontrada para cada caso com base em uma interpretação atrelada às normas e princípios socialmente convencionados (Dworkin, 2002).

O penúltimo ponto de destaque que fundamenta a teoria de Dworkin, para ilustrar o esforço hercúleo exigido pela aplicação da teoria e do modelo filosófico, surge a figura do Juiz Hércules, o arquétipo da responsabilidade política, jurídica e moral. Hércules é a metáfora do juiz ideal dotado de tempo, paciência e habilidade intelectual infinitos. Ele é capaz de analisar todos os precedentes, regras e princípios para encontrar a única resposta correta que garanta a integridade do direito, assim,

> ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (Dworkin, 2002).

Este é o juiz ideal e utópico no sentido de objetivo a ser alcançado, na medida de modelo capaz de interpretar o sistema jurídico como um romance em cadeia e extremamente coerente, onde tudo está conectado e tem seu propósito, garantir coesão entre decisões passadas e presentes e utilizar os princípios da forma mais íntegra possível.

Por fim, o Direito é personificado na metáfora do romance em cadeia, que explica a continuidade narrativa da jurisdição e a maneira com que cada juiz, ao decidir sobre um caso ou lei, deve escrever um novo capítulo considerando os anteriores. Na teoria de Dworkin, juízes são como autores que escrevem capítulos sucessivos de um romance, estando limitados pelo que foi escrito anteriormente (precedentes e história jurídica), mas com a responsabilidade criativa de tornar o romance (o direito) o melhor possível em seu capítulo (a decisão atual). Esse fundamento expressa a ideia de continuidade interpretativa, evitando arbitrariedades e rupturas injustificadas. Em *Uma Questão de Princípio*, Dworkin ensina que

> [...] cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado... para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então." (Dworkin, 2000, p. 238).

Esta explicação conceitual demonstra que o ato de julgar é um processo colaborativo e intergeracional; o juiz está vinculado pelo que foi escrito anteriormente (ajuste), mas mantém a responsabilidade criativa de dar o melhor prosseguimento possível à história jurídica (justificação), assegurando que o sistema jurídico se desenvolva com integridade narrativa

Os fundamentos apresentados são expostos de maneira detalhada e criteriosamente referenciados adiante conforme a obra de Dworkin e seus comentadores, permitindo uma compreensão não apenas individualizada de cada conceito, mas também de como esses elementos se articulam para formar um sistema teórico coeso. Ao explorar as diversas abordagens do autor, nota-se que cada elemento estruturante dialoga continuamente com outros pontos centrais da teoria, evidenciando conexões relevantes e influências recíprocas entre temas como direito, moralidade e interpretação jurídica. Dessa forma, a construção desse arcabouço conceitual aprofunda a análise dos princípios propostos por Dworkin e evidencia seu impacto no desenvolvimento do pensamento jurídico contemporâneo.

3.1 INTERPRETACIONISMO E O DIREITO COMO PRÁTICA INTERPRETATIVISTA

Em “A raposa e o porco espinho: Justiça e Valor”, de 2011, nos seus anos finais de vida, Dworkin sintetiza e complementa, com profunda revisão teórica, sua abordagem acerca do debate e conceitos que permeiam a relação identificada no início da construção teórica apresentada em “Levando os Direitos a Sério” de 1977.

É importante trazer ao estudo ambas as obras em consonância e complementariedade, tanto a que inicia o debate filosófico de Dworkin na década de 70, quanto a que faz o fechamento da teorização jusfilosófica dworkiniana quarenta anos depois, para que se possa devidamente entender a construção da teoria do direito como integridade e sua teoria da interpretação, e para que seja possível abordar a conexão existente entre décadas de estudo.

Dworkin destaca que não existe um "ponto arquimediano" neutro a partir do qual seja possível julgar a moral sem usar a própria moral. Toda avaliação moral é circular em certo sentido, porque se utiliza convicções morais para testar outras convicções morais. Isso não significa irracionalidade, mas apenas que o raciocínio moral é integrado, não exterior. (Dworkin, 2011, 99-102). Fica claro que o direito, por ser criação humana, será sempre atribuído contingencialmente aos indivíduos e fatos (aplica-se a alguns casos e a outros não), enquanto a moral é necessária e universal. Se para os positivistas o direito depende apenas que a comunidade diga o que é (pelo costume e prática), aceita-se que uma lei injusta pode *ser* direito desde que preenchidos os requisitos formais – filia-se ao *conceito criterial*, onde as coisas têm conceitos pré-definidos pelos critérios convencionados pela sociedade (Dworkin, 2018, p. 241).

Na visão de Dworkin, as normas jurídicas deverão ter uma base moral, a sociedade "*não deve criar leis* [direito] *que lhe pareçam injustas*", o interpretacionismo "*afirma que o direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral*" e apresenta "*o conceito de direito com um conceito interpretativo*", ou seja, conclusões argumentativas decorrentes da interpretação e valoração dada pelo jurista. Isso deriva do pressuposto estabelecido por ele um pouco mais à frente na obra: *direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política*, que se estabelece e se *estrutura em forma de árvore*; decorrente da moral pessoal e essa precipuamente da ética (Dworkin, 2018, p. 613-620).

Para Dworkin, o Direito é um complexo composto por regras e princípios. Consagra regras específicas que partem de práticas sociais, ou seja, aceitas pela comunidade, e contempla princípios moralmente justificados a partir de uma conduta ética. Os princípios não podem ser reduzidos nem a um critério formal e exclusivo de validade, como propõe a teoria positivista com sua regra de reconhecimento, nem à lógica dos "mandamentos de otimização" formulada por Alexy, que busca resolver supostos conflitos entre princípios por meio da ponderação. Contrapõe, assim, o positivismo com o interpretativismo.

A "falha fatal" na opinião de Dworkin, está em crer que direito e moral são coisas completamente distintas e tentar estudá-los dessa maneira. Isso porque, quando se tenta analisar a relação entre os dois, acaba-se por cair em *argumentos circulares* eternamente prejudicados, pois parte-se de um ponto de vista e análise viciados com o nosso pré-conceito, sobre serem integrantes ou não. Explica ele que para iniciar o estudo, se pressupomos (de início) que os princípios justificantes da norma não integram o direito em si, se obtém uma visão manchada pelo positivismo – nosso ponto de partida será um determinado – e a conclusão será de que a

moral não faz parte da lei. O inverso é idêntico. Partindo do ponto de que existem princípios justificadores dos quais atribui-se e encontra-se a razão das leis, encontra-se a posição interpretacionista, e nosso olhar será outro.

Para o autor, o sujeito de direito é protegido por direitos naturais e inegociáveis, *naturais* por existirem antes e independentemente da sua declaração por uma fonte formal e *inegociáveis* por não serem passíveis de sacrifício em prol de uma maioria (Dworkin, 2002). Seu objetivo é mostrar que "levar os direitos a sério" significa reinterpretar todo o sistema jurídico à luz da proteção rigorosa desses direitos, e não da mera eficiência utilitária ou da obediência às fontes formais, dissonando do que o positivismo entende para o Direito.

Nisso entra o debate cru, "o conteúdo do direito é uma coisa, e que aquilo que o direito deveria ser é outra coisa completamente diferente" (Dworkin, 2018, p. 618). Dworkin defende uma tese abrangente para identificar o que o direito *é* e *deveria ser*; o que para o positivismo, não importa com o que o direito *deveria ser*, ou seja, pretende-se estabelecer unicamente o que o direito *é*. Cediço que não se trata meramente de discussão linguística, esse ponto é reclamado por Dworkin (Dworkin, 2018, p. 618), para além da mera discordância se um indivíduo é calvo ou não (Dworkin, 2018, p. 242), é preciso definir qual a delimitação que os positivistas querem dar para o *direito*, para verificar se efetivamente há uma discordância, ou se ela é "meramente" *conceitual* e *interpretativa*. Dworkin não nega que a lei posta e escrita seja representação clara e óbvia do *direito*, aspecto inerente do positivismo, que por sua vez não nega a possibilidade de existir em algum momento legislativo ou jurisdicional a moral e que esta, por algum aspecto, tenha influência na criação das regras ou valoração delas (ideia principal do não positivismo).

Em sendo o direito entendido e delimitado apenas como um conjunto de escritos, de regras e leis frias, não haverá, *a priori*, uma necessária relação entre a moral e direito. Contudo, se o direito for definido conceitualmente como um sistema de regras, princípios, garantias e poderes estatais, há necessariamente a influência da moral no direito. Pode-se dizer, com ressalvas, que o *direito positivista* está contido no *direito interpretacionista*. E disso entende-se que a problemática do debate travado recai na delimitação do conceito e conteúdo. Acertada a análise de Dworkin ao dizer que *os direitos jurídicos são direitos políticos,* "a teoria do direito trata dos direitos jurídicos, mas não deixa de ser uma teoria política, pois busca uma resposta normativa para uma pergunta política normativa" (Dworkin, 2018, p. 622).

3.2 PAPEL DOS PRINCÍPIOS E A INTERPRETAÇÃO

A concepção de Dworkin sustenta que o argumento jurídico possui um caráter eminentemente moral, a ponto de ser impossível identificar o direito sem recorrer a considerações morais e éticas, contrariando a teoria da separabilidade rígida proposta por positivistas. Ao analisar e interpretar o direito, é necessário apresentar fundamentos substantivos, sejam eles morais ou éticos, que embasem essa interpretação de conceito ou de aplicação.

Dworkin afirma que a moralidade é um domínio autônomo do pensamento, cuja validade não pode ser testada por métodos “externos”, como explicações sociológicas ou metafísicas. Para ele, qualquer argumento moral, seja para apoiar, seja para negar um juízo moral, inevitavelmente pressupõe outras premissas morais. Por isso, o único ceticismo coerente é o “ceticismo interno”, que discute quais juízos morais são corretos, mas não questiona se existe verdade moral. Assim, a única forma razoável de defender que certas afirmações morais são objetivamente verdadeiras é apresentar argumentos morais substantivos, como o caso de afirmar que sonegar impostos é errado independentemente da opinião das pessoas (Dworkin, 2011, p. 99-102).

Assim, enquanto as regras encerram soluções fechadas, os princípios, no interpretativismo dworkiniano, orientam decisões em casos complexos sem se limitar a um único resultado necessário. Não há uma diferença engessada entre princípios e regras; de fato, podem ser aplicados de forma semelhante, podendo ser compreendidos mais como uma questão de forma (Rossi, 2018, p. 90).

Um positivista poderia argumentar que embora alguns princípios sejam obrigatórios, no sentido de que o juiz deve levá-los em consideração, eles não podem prescrever um resultado particular. Este é um argumento mais difícil de avaliar, pois não está claro o que significa dizer que um padrão "prescreve" um resultado. Talvez signifique que o padrão dita um resultado sempre que puder ser aplicado, de tal maneira que nada mais é levado em conta. Se assim for, então é certamente verdade que os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva (Dworkin, 2002).

Não há como negar que o fato social (direito) é imbricado de valores morais, juízos e pré-juízos, e que as escolhas de uma comunidade têm tanto relevância sobre a norma quanto

são originadas em ideias não legalistas (religião, costumes, ética etc.). A moral implica na análise social e interpretação legislativa, de maneira que cria ou altera o direito; assim como o direito da letra fria tem efeito sobre aquilo que é praticado e interpretado, criando e aplicando normas aos fatos. É um círculo argumentativo conceitual e não há como saber o que existiu primeiro: se a moral e os princípios jurídico-naturais criaram o direito ou se o direito institui moral social e princípios. O direito é, portanto, essa integração entre legislação e moralidade principiológica, a interpretação de um fato ou lei, através dessa combinação, cria a norma.

A teoria do direito como integridade, formulada por Ronald Dworkin, concebe o ordenamento jurídico como uma prática interpretativa estruturada por princípios de justiça, equidade e devido processo legal, cuja legitimidade deriva não de um pacto contratual, mas da ideia de comunidade e fraternidade política. Para Dworkin, a interpretação jurídica deve apresentar o direito na sua "melhor luz", de modo coerente e global, rejeitando tanto leituras fragmentárias quanto decisões sustentadas apenas por convenções políticas ou regras isoladas. Essa concepção, alinhada ao pós-positivismo, supera a visão estritamente procedimental do positivismo ao admitir que a norma não decorre dos significados literais das palavras, mas do sentido atribuído pelos princípios que estruturam o sistema jurídico (Marin, 2019).

A construção interpretativa proposta por Dworkin inspira-se no paralelo entre Direito e literatura. Assim como um intérprete literário deve respeitar o texto e buscar a interpretação que melhor o justifique como obra total, o juiz deve levar em conta todas as palavras, todas as normas e decisões anteriores, evitando mudanças arbitrárias e garantindo a identidade do ordenamento. Sua teoria se organiza em duas dimensões: a da adequação, que exige que a justificativa de uma decisão se sustente em princípios capazes de explicar o maior número possível de práticas jurídicas; e a da moralidade política, que busca identificar qual interpretação apresenta o sistema sob a luz mais justa e equitativa (Marin, 2019).

3.2.1 O direito como integridade e a resposta correta

Apresenta especial relevância o destaque de princípios para a resolução de conflitos entre regras normativas. Se a discordância entre aqueles se resolve pela dimensão de peso ou nível de direitos protegidos, as regras encontram o problema no plano da validade e aplicação, em que uma das normas não terá validade e deve ser rechaçada para o caso interpretado, é tudo ou nada. Os princípios se articulam em uma lógica de ponderação, resolvendo-se suas tensões internas pela diferença de peso ou importância, denominada dimensão de peso, que permite graduar sua aplicação conforme as exigências da justiça no caso concreto.

As regras, ao contrário, operam no plano da validade, não admitindo gradações: quando duas regras entram em conflito, uma delas necessariamente deve ser afastada, pois não pode ser considerada válida simultaneamente à outra. Trata-se do conhecido caráter de "tudo ou nada" das regras, cuja aplicação não comporta harmonização por meio de ponderação, mas apenas a exclusão normativa. No Direito processual penal brasileiro isso é denominado conflito aparente de normas, que deve ser resolvido com base em diretrizes de tempo, especialidade ou benefício ao indivíduo. Qualquer uma dessas está baseada em um princípio de direito norteador (ao exemplo, *tempus regit actum, lex specialis derogat legi generali e in dubio pro reo*).

A integridade do Direito é um conceito importante em Dworkin e está conceituado no livro O Império do Direito, no qual "*A noção de direito como integridade supõe que as pessoas têm o direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado*" (Streck; Motta, 2018, p. 176). Os princípios conduzem a leitura que melhor justificar a prática jurídica. Pode-se dizer que é uma espécie de justiça aos cidadãos que aceitam a governabilidade constituída por princípios em comum, não apenas por regras postas a partir de um acordo político.

O romancista tem duas dimensões/tarefas: de ajuste e valor:

> para dar continuidade à narrativa, deve manter uma espécie de coerência formal com o que escreveu até ali; não pode, sem oferecer as razões para tanto, mudar a língua em que vazado o texto, o nome dos personagens ou o enredo; deve enfrentar a questão de como desenvolver a história, mantidas as limitações anteriores; devem responder, pois, a uma pergunta substantiva: que desenvolvimento, dentre os muitos possíveis, tornaria o romance melhor? (Streck, Motta, 2018, p. 177).

Dworkin diferencia a integridade política e a integridade no Direito, chamada por Freire (2018) como integridade jurídica, ambas são dimensões interdependentes e compartilham o mesmo ideal. A integridade política requer coerência do legislador ao criar normas jurídicas em geral em relação aos princípios que sustentam uma comunidade. A integridade no Direito ou jurídica requer do aplicador do direito (juízes ou tribunais) uma atuação coesa, harmônica e coerente: ao analisar casos semelhantes, tratá-los de forma semelhante quando não houver razão para atuar de outro modo.

A integridade política é virtude formada em comunidade. As normas criadas são destinadas a um agente personificado. Nesse sentido, os cidadãos possuem o dever de se envolver na defesa dos princípios que endossa. Atos políticos formais são atos praticados por uma instituição, comunidade ou Estado, e não por um conjunto de indivíduos, os legisladores ou pessoas comuns. Assim, forma-se uma comunidade de princípios. A obrigação política deixa

de ser apenas uma questão de obediência a toda e qualquer decisão política, mas uma noção fiel a um sistema de princípios que todo cidadão tem a responsabilidade de identificar como o sistema de direitos da comunidade a qual pertence.

A integridade jurídica implica na atuação dos juízes conforme o sistema de direitos e deveres expressados em um conjunto de princípios coerentes com a estrutura política e da doutrina da comunidade. Os litigantes, nesse caso, têm um direito genuíno a uma decisão que reconheça que seus atos e assuntos julgados estão de acordo com a melhor concepção, ou seja, em conformidade com as normas jurídicas da comunidade, que ela exige ou permite na época em que se deram os fatos. Esse é o ideal interpretativo da integridade e que deve orientar a decisão em casos difíceis. A decisão que reconhece o conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, e a interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade identifica princípios implícitos e explícitos, por isso, é considerada complexa (Freire, 2018, p. 109-110).

É neste contexto que Dworkin funde os conceitos de legalidade e integridade. A decisão continuada representa uma ressignificação na esfera da interpretação construtiva da integralidade/legalidade, das dimensões de ajuste e valor queiram passar pela imparcialidade processual e da justiça substantiva. Assim, a decisão judicial passa por uma ressignificação, pois a legalidade deixa de ser mera observância formal das normas e se integra à exigência de que o direito seja aplicado de forma íntegra, combinando imparcialidade processual (respeito às regras do jogo), com justiça substantiva (compromisso com o melhor conteúdo moral possível para o sistema jurídico).

O Direito brasileiro, referido e distinguido no capítulo anterior, compreende a integração da lei, onde as lacunas e omissões são preenchidas por outras normas processuais. Na análise interpretativista, não há omissão, aqui o intérprete é responsável por atribuir sentido e significado à lei a ser aplicada.

Compreende-se que dessa análise filosófica parte a ideia de integração da lei aplicada no sistema jurídico penal brasileiro, a qual foi referida e distinguida no capítulo anterior. O método de integração da lei consiste no preenchimento das lacunas e omissões por outras normas e princípios (pelo suplemento dos princípios gerais do Direito). Na análise interpretativista, não há omissão, aqui o intérprete é responsável por atribuir sentido e significado à lei a ser aplicada. É nesse ponto que a teoria do direito como integridade de Dworkin se aplica, permitindo buscar nos princípios e na moral socialmente aceita, a melhor luz para completar o lapso normativo e apresentar a melhor decisão.

Dworkin é reconhecido como um interlocutor qualificado e contestador do positivismo jurídico, reconhecendo a função essencial dos princípios como parte do ordenamento jurídico, ampliando a atuação do juiz da mera aplicação de regras à interpretação valorativa. A teoria desenvolvida por Dworkin acontece nas decisões judiciais e parte da ideia de construção de um Direito democraticamente produzido pela comunidade. Com acento no resultado da interpretação, o autor desenvolve a chamada teoria da decisão judicial, apoiada na cooriginalidade existente entre o direito e a moral (objetivamente considerada) e com base na preservação da autonomia do Direito e na responsabilidade (Rossi, 2018, p. 88). Como um pensador anti-positivista ou interpretativista, Dworkin reconhece que o Direito é marcado pela indeterminação de sentido. O positivismo reduz a atividade judicial a um mero procedimento de controle formal da decisão, sem interesse de fato no conteúdo normativo efetivamente aplicado ao caso.

A crítica, portanto, alcança o núcleo da teoria positivista ao demonstrar que um modelo baseado exclusivamente em regras é incapaz de fornecer respostas satisfatórias para os casos complexos. Ao introduzir os princípios como fundamentos normativos dotados de peso moral e como razões que devem orientar a decisão, Dworkin desloca o debate jurídico para dentro do mundo prático, sem recorrer a pragmatismos ou ao realismo jurídico, mas reforçando a necessidade de coerência interpretativa. As contraposições ao positivismo jurídico são apontadas em teses baseadas em casos emblemáticos. Assim, a resposta correta, em sua teoria, nunca é fruto do isolamento de um enunciado normativo, mas da sua integração racional e coerente com a história de decisões que compõem o direito como um todo (Rossi, 2018).

Nesse contexto, os princípios assumem papel estrutural ao reformular as teorias das fontes, da norma e da interpretação. Eles delimitam obrigações jurídicas, orientam decisões e podem, inclusive, determinar resultados em casos complexos, desde que avaliados em conjunto e em coerência com o corpo de regras. A crítica à discricionariedade judicial decorre justamente da exigência de que toda decisão respeite a comunidade de princípios e regras que integram o ordenamento. A identificação dos princípios, não redutível a critérios mecânicos, é também interpretativa, mas não relativa ao arbítrio; seu caráter obrigatório decorre da teoria que melhor justifica as práticas jurídicas existentes. Por fim, a possibilidade de mudança doutrinária pelo juiz só é legítima quando realizada em nome da integridade, como correção de erro interpretativo, garantindo compatibilidade com os demais princípios e promovendo coerência sistêmica — reafirmando que o direito, para Dworkin, é fundamentalmente um empreendimento de interpretação construtiva (Marin, 2019).

O sentido jurídico de qualquer ato humano não está no próprio comportamento, mas na norma jurídica que o interpreta e lhe atribui significado dentro de uma ordem jurídica dinâmica. A norma funciona como um "esquema de interpretação": é ela que transforma um simples fato ou ato em algo juridicamente relevante, ao definir qual é o seu sentido objetivo no sistema do direito. Assim, a dimensão jurídica não nasce do ato em si, mas de uma operação mental normativa, isto é, da aplicação de uma norma que qualifica aquele comportamento como permitido, proibido ou obrigatório.

Na interpretação da ciência se resolvem os paradoxos lógicos daquilo que as autoridades produzem como normas, mas não se chega a determinar, efetivamente, qual o conteúdo que deve ser mencionado na aplicação prática do direito. Os juízos do cientista do direito devem ser restritos à verificação procedimental de validação das normas. Nos juízos realizados pelo aplicador são algo que não podem ser apreendidos pela razão, portanto, que fogem do campo de interesse da ciência jurídica. Tratando do conceito de norma, de um modo que coloca em xeque seu sentido tradicional, Streck (2018) constrói a tese de que para falar de norma primeiro é preciso compreendê-la em sua diferença com relação ao texto. Para Streck, há uma diferença ontológica entre texto e norma e que, neste sentido, quando se trata de norma, fala-se necessariamente em interpretação, fruto de um processo compreensível que não se reduz a compreensão sintático-semântica do texto, mas envolve um contexto pragmático que é muito mais amplo". Significa que a norma é sempre resultado da interpretação de um texto onde se dará um processo compreensivo, ou seja, é o sentido do ser deste texto.

Na obra "O Império do Direito", integridade é conceituada como uma virtude política indispensável na prática jurídica real, ainda que fosse desnecessária em um Estado utópico onde todas as decisões seriam justas e imparciais. Ela exige que o Estado trate seus cidadãos como iguais, garantindo coerência e continuidade moral entre decisões passadas e presentes, de modo que casos semelhantes recebam o mesmo tipo de tratamento. Por isso, a integridade pode levar a reconhecer direitos ou apoiar leis que, isoladamente, não seria considerado corretamente ajustas, mas que preservam a consistência do sistema jurídico como um todo. Como justiça e equidade frequentemente entram em conflito, a integridade surge como um terceiro ideal independente, capaz de orientar decisões em meio a desacordos e tensões entre esses valores, assegurando que o direito "fale com uma só voz" e mantenha uma narrativa principiológica unificada.

O autor parte do pressuposto de que é universalmente aceito algum grau de equidade política, segundo a qual cada cidadão deve ter influência semelhante nas decisões coletivas, mesmo quando há profundas divergências morais. Diante disso, pareceria natural adotar

soluções conciliatórias, distribuindo a legislação conforme o peso proporcional de cada opinião, como dividir responsabilidades legais ou regras morais de acordo com a força numérica de grupos discordantes. No entanto, embora essas soluções fossem mais equitativas do que o modelo de “o vencedor leva tudo”, elas nos parecem intuitivamente inaceitáveis quando tratam questões de princípio de maneira arbitrária ou fragmentada.

Essas práticas conciliatórias falham porque tratam casos semelhantes de modos diferentes sem respaldo em princípios, o que viola a expectativa de que decisões políticas e jurídicas devem se fundamentar em critérios coerentes, e não em compromissos casuísticos. O autor examina se a rejeição à conciliação poderia ser justificada pela justiça, mas mostra que não: a justiça não impede que se eliminem algumas injustiças mesmo quando não seja possível eliminar todas, assim como salvar alguns prisioneiros, ainda que arbitrariamente, é melhor do que salvar nenhum. Tampouco é plausível argumentar que soluções conciliatórias produziriam mais injustiças no longo prazo, já que isso dependeria de maiorias estáveis e conscientes, o que raramente existe.

Por fim, o texto considera a ideia de que legisladores não deveriam contribuir para aquilo que julgam ser uma injustiça; mas essa objeção falha, pois uma solução conciliatória poderia ser adotada de modo automático pelo sistema, sem exigir que ninguém votasse a favor de algo que considera errado. Assim, nenhuma das explicações usuais, nem a equidade, nem a justiça, nem a responsabilidade individual, justifica por que é rejeitada, de modo tão consistente, a estratégia conciliatória. O autor deixa em aberto que a resposta a esse enigma deve estar em outra virtude política, distinta tanto da justiça quanto da equidade: a integridade, que será desenvolvida posteriormente.

A abrangência das normas e princípios introduz a polêmica acerca do alcance legislativo. Em certos momentos, não haverá resposta para algum caso específico, e o direito se mostra incompleto, autorizando a discricionariedade judicial. O juiz assumirá inevitavelmente o papel de legislador, mesmo que de forma limitada, criando norma para o caso por elementos não presentes. Para os positivistas não importa se o juiz cria o direito de acordo com a moral ou se orientado por sua própria avaliação moral ajustada a decisão, os juízos morais não fazem parte do direito, ainda que sejam por ele autorizados. (Streck; Motta, 2018).

É nesse ponto que a crítica ao ativismo judicial se apresenta: o ativismo judicial criticado por Dworkin na teoria positivista emerge justamente da ampla margem de discricionariedade deixada aos juízes quando a lei, limitada por sua própria generalidade, não consegue abranger todas as situações concretas e complexas da vida social. Diante da natureza dinâmica e evolutiva das relações humanas, o Direito positivo não acompanha, em velocidade

equivalente, as transformações práticas que exigem respostas normativas. É nesse intervalo entre o texto legal e a realidade que os princípios jurídicos ganham centralidade, orientando interpretações construtivas capazes de oferecer coerência e justificar a "melhor decisão possível" em cada caso. Assim, o juiz constitucional, ao se valer desse espaço interpretativo para suprir lacunas do legislador, exerce um papel criativo que, embora inevitável em alguma medida, tensiona os limites entre a aplicação e a produção do Direito.

No texto *"Is Law a System of Rules?"* de Dworkin, o caso por ele celebrizado Riggs v. Palmer demonstra os limites e as deficiências da tese segundo a qual o direito seria um sistema composto apenas por regras, cujo pertencimento ao ordenamento jurídico se certificaria pela aplicação de uma "regra de reconhecimento". Para Dworkin, essa formulação positivista implicaria a existência de uma *master rule of law*, responsável por conferir validade a todas as demais normas. Ao examinar o modelo teórico positivista, Dworkin afirma que

> most rules of law, according to Hart, are valid because some competent institution enacted them. Some were created by a legislature in the form of statutory enactments, others created by judges who formulated them to decide particular cases and thus established them as precedents for the future (Dworkin, 2002, p. 103).[18]

A correção ou validade da norma e do precedente, no caso de aplicação da regra de reconhecimento, não é vinculada ao seu conteúdo, isto é, independente de juízo de valor - se é boa ou ruim, justa ou injusta ou devidamente interpretada. Para o precedente, a origem da norma não é relevante. A teoria positivista defende que o precedente seja aplicado pela sua simples existência e validade formal em razão da sua origem no Poder Legislativo ou Judiciário. O efeito nefasto disso recai na retroalimentação do sistema jurídico e de interpretação das leis, pois vinculam-se em precedentes ruins (que tem por base leis ruins) e aplicam-se de forma equivocada abrindo espaço para o uso do poder de discricionariedade.

3.2.2 O poder discricionário

Poder discricionário é outro ponto levantado por Dworkin em crítica ao significado compreendido pelos positivistas. Estes compreendem a discricionariedade como a atuação do juiz quando a norma legal não é suficiente para a resolução do conflito, e, nesse caso, o magistrado decide conforme seu próprio juízo, uma vez que a tomada de decisão pode acontecer

[18] Segundo Hart, a maioria das normas jurídicas é válida porque foi promulgada por uma instituição competente. Algumas foram criadas pelo legislativo na forma de disposições legais; outras foram formuladas por juízes para resolver casos específicos e, ao fazê-lo, estabeleceram-se como precedentes para o futuro (Dworkin, 2002, p. 103, tradução nossa).

somente com base em um padrão determinado emitido por autoridade. Segundo a teoria positivista, os deveres jurídicos surgem de regras sociais cuja força normativa depende do reconhecimento e da pressão social que as sustenta, de modo que o direito se configura como uma instituição essencialmente social. Nesse modelo, a linguagem exerce papel constitutivo: regras, padrões de conduta e princípios só funcionam como instrumentos de controle social porque podem ser comunicados e compreendidos pelas pessoas. Contudo, o positivismo reconhece que a linguagem das regras é inerentemente geral e imprecisa, o que produz margens de incerteza e torna insuficientes até mesmo os cânones tradicionais de interpretação, já que também são formulados em termos amplos. Assim, a própria estrutura linguística do direito concede ao intérprete uma inevitável parcela de discricionariedade na aplicação das normas.

> Em Hart, os deveres jurídicos se criam por regras sociais que ganham normatividade por meio do seu reconhecimento social da seriedade da pressão social que as apoie. A partir daí o autor acaba desenvolvendo a tese do direito como instituição social na qual a linguagem ocupa papel constitutivo pois as regras gerais os padrões de conduta e princípios que seriam necessariamente o principal 'instrumento de controle social', devem ser comunicados às pessoas. Da transmissão desses conteúdos depende naturalmente, seu reconhecimento final pode-se dizer que, para o jusfilósofo inglês, o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; por isso é que ele, desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para compreender se a normatividade do direito. Hart observa que a linguagem geral em que as regras se expressam não fornecem uma orientação precisa, e que isso pode gerar incertezas com relação à sua aplicação. Os chamados 'cânones de interpretação', de igual forma não eliminam totalmente as incertezas visto que constituem eles próprios normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação final assim, a sua visão é a de que a própria linguagem dada a sua impressão confere o intérprete discricionariedade final (Streck, Motta, 2018, p. 164-165).

Para a teoria positivista, o juiz, enquanto autoridade, é reconhecido como tal pela própria norma aceita pela comunidade; em outras palavras, é a comunidade que lhe outorga o poder de decidir. Por isso, no modelo positivista, o exercício da discricionariedade significa que, uma vez situado dentro da esfera de opções permitidas pela regra, a decisão do juiz estará sempre correta do ponto de vista jurídico, independentemente de ser moralmente justa, injusta, boa ou má. O critério de correção, nesse âmbito, não é substantivo, mas procedimental: basta que o juiz atue dentro do espaço decisório que o sistema lhe atribui.

Dworkin responde a essa concepção ao introduzir os princípios jurídicos como elementos indispensáveis da decisão, rejeitando a ideia de que, na ausência de regras, o juiz estaria livre para decidir por mera discricionariedade. Para ele, mesmo nos casos duvidosos — os *hard cases* — existem fundamentos normativos que orientam e vinculam a decisão, especialmente princípios de justiça, equidade e moralidade política que integram o próprio direito. Assim, não há lacunas a serem preenchidas por escolhas subjetivas, mas um conjunto

mais amplo de standards jurídicos que devem ser interpretados de forma coerente com a prática institucional: "Veja-se que o ponto de Dworkin não é o de que o direito contém um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e os outros princípios, na verdade ele rejeita a ideia de que o direito seja um conjunto fixo de padrões de algum tipo" (Streck; Motta, 2018, p. 167).

Se um indivíduo reconhecidamente tem um direito, este deve ser assegurado pelo poder público. Esta é a imposição da moralidade política no discurso jurídico em forma de princípio, a ser aplicada especialmente nos hard cases, essa concepção parte do entendimento de Dworkin que são elementos constitutivos da democracia Dworkin segmenta a discricionariedade em duas noções: forte e fraca. A primeira, identificada no positivismo, pressupõe ampla liberdade de julgamento diante de lacunas normativas; a segunda, admitida pelo autor, vincula-se ao julgamento balizado pela integridade do sistema jurídico, nunca com base na subjetividade do juiz. A discricionariedade acontece quando a decisão demanda capacidade de julgamento/discernimento, pois os padrões da autoridade não se aplicam mecanicamente (Streck; Motta, 2018, p. 162).[19]

Para Hart:

> O conceito central é decerto o de regra de reconhecimento. Na sua aceitação e utilização é que reside para a arte e o fundamento de um sistema jurídico final com essa ideia também se introduz a noção de validade jurídica na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento para a identificação de uma regra social como regra pertencente ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer as autoridades públicas os 'critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação' (Streck; Motta, 2018, p. 164).

A segurança jurídica, nesse caso, está assentada no regime das normas primárias, cujas características estruturais funcionam como indicação conclusiva de que se trata de normas pertencentes a um grupo social e sustentadas pela pressão social que lhes confere normatividade. A normatividade pressupõe o reconhecimento, por parte daqueles que formulam a regra, de que desejam ser guiados por ela, bem como a expectativa de que os demais igualmente o sejam. Assim, para positivistas, o direito é essencialmente uma questão de fato social: ele se apoia na aceitação coletiva por parte da comunidade, aceitação esta materializada em uma convenção social que legitima e estabiliza o sistema normativo.

De acordo com Streck e Motta (2018), a linguagem positivista apresenta uma falha em relação à composição de uma teoria da decisão:

---

[19] Para Dworkin, discricionariedade é apenas a responsabilidade interpretativa do juiz para encontrar, dentro do sistema jurídico, a resposta que melhor se adequa e justifica o Direito como um todo. Ela não é poder criativo, mas exercício de interpretação responsável, guiado por princípios.

> Isso porque uma teoria positivista do tipo 'duro' teria que ter como ponto de partida a moral - já que não existe grau zero - a circunstância de que o direito deva ser identificado a partir da tese da separação e, consequentemente, deve ser aplicada estritamente a partir de uma tese linguística, que preserve os limites semânticos (Streck; Motta, 2018, p. 186).

Horácio Neiva afirma que só é possível falar em uma teoria da decisão sob a perspectiva positivista se ela compreender que o dever do juiz (a forma moralmente adequada de decidir) está fundamentada exclusivamente na aplicação estrita das normas positivadas, sem recorrer a fundamentos extrajurídicos. Essa aplicação rigorosa deve ocorrer por meio de um modelo de interpretação textual, seja pelo significado histórico (a intenção original do legislador), seja pelo significado literal (o sentido comum das palavras). Em outros termos, para que uma teoria da decisão seja positivista, ela precisa defender que a correção moral da decisão judicial coincida com o cumprimento fiel do texto normativo, entendido segundo critérios objetivos de leitura (Streck, Motta, 2018, p. 186).

Viana (2018) pontua, também na esfera das diferenças entre positivistas e pós-positivistas, a discricionariedade.

> No estudo das regras jurídicas Hart formula a tese da open texture do direito que permitiria em face da não existência ou incompletude de uma regra específica, o que representaria um caso de difícil solução, situação em que não haveria uma resposta (solução), mas sim respostas (soluções), o que resultaria da discricionariedade na escolha de soluções para casos 'omissos', com a fundamentação argumentativa dessas respostas (escolhas) feitas sem uma regra preexistente, desde que essas soluções passem positivamente pelo teste da regra do pedigree (regra do reconhecimento) (Viana, 2018, p. 23).

Hart sustenta que o Direito possui uma textura aberta, isto é, há situações em que as regras existentes são insuficientes, vagas ou incompletas para resolver certos casos difíceis. Nesses contextos, não haveria uma única resposta correta, mas múltiplas soluções possíveis, cabendo ao intérprete exercer certa discricionariedade para escolher entre elas. Essa escolha, contudo, não é arbitrária: ela deve ser argumentativamente justificada e só é válida se a solução adotada for compatível com a regra de reconhecimento, isto é, se passar pelo critério que identifica o que pertence ou não ao sistema jurídico.

Dworkin sustenta que há uma resposta certa para cada situação, na maior parte dos casos a partir da teoria da integridade do Direito, onde demanda-se "coerência em um sistema único de justiça e equidade". O não reconhecimento de princípios legais na teoria hartiana é uma falha enquanto paradigma de Direito. Dworkin aceita apenas a noção de discricionariedade fraca. Dworkin critica o positivismo afirmando que, mesmo nos "casos difíceis", não existe um vazio normativo que autorize o juiz a escolher livremente entre várias soluções possíveis. Para

ele, sempre há uma resposta correta, porque o Direito não é composto apenas por regras, mas também por princípios, que têm força normativa e orientam a decisão judicial. A partir de sua teoria da integridade, Dworkin defende que o sistema jurídico deve ser interpretado como um todo coerente, guiado por justiça e equidade, e não como um conjunto fragmentado de normas. Por isso, ele rejeita a "discricionariedade forte" (aquela em que o juiz cria Direito) e aceita apenas a discricionariedade fraca, em que o magistrado interpreta o Direito existente à luz dos princípios que o estruturam.

Hard Cases assumem feições próprias por ser uma teoria nascida no interior do sistema *common law*. São casos limites, que inovam e possuem um alto grau de dificuldade, complexos e interdisciplinares, os quais seriam resolvidos por precedentes jurisdicionais e interpretação. Nesses casos a teoria admite princípios como *standard* para solução do conflito. Assim, o juiz está investido de certa flexibilidade para buscar a resposta correta pautada na análise do Direito como integridade. A dissonância entre aquele sistema e a *civil law*, presente na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, impõe grave problematização na aplicação da teoria dworkiniana de interpretação ao direito penal brasileiro.[20]

As divergências teóricas para a teoria positiva do Direito residem em como o Direito deveria ser. A melhor técnica ao interpretar, ou a mais justa, é aquela que parte de critérios bem definidos, sem a confundir com projetos próprios para o direito, ou seja, margens interpretativas que se afastam da intenção da norma, sem clareza de critérios, não teriam validade normativa (Almeida, 2018, p. 47). Por intenção da norma, tem-se em paralelo a utilização da interpretação teleológica ou lógica, na qual se busca a verificação quanto à vontade efetiva (valor e finalidade) da lei ao dispor desta ou daquela forma. Procura-se a necessidade e os fins visados pela norma, no sistema em que introduzida, conforme a realidade ao tempo que criada e aplicada.

Dworkin destaca que, em temas como ações afirmativas, não é suficiente dizer que algo é constitucional apenas porque o texto permite ou porque decisões anteriores assim concluíram, já que sempre pode existir discordância legítima sobre essa validade. Por isso, ele critica a visão positivista que reduz o Direito a uma mera descrição da história legislativa ou jurisprudencial. Para Dworkin, as proposições jurídicas não são apenas descritivas, mas

---

[20] O sistema da *common law*, favorece o uso de precedentes e costumes para integrar a legislação, de modo que os princípios e julgamentos podem ser aplicados na interpretação e criar normas vinculantes. Enquanto o sistema da *civil law* é amplamente orientada por normas legais positivadas, ainda que composta por princípios expressos e implícitos, onde costumes e precedentes encontram limitações. Deve-se ter em mente que a base estrutural do Direito brasileiro é *civil-law*, decorrente diretamente do Direito Europeu Continental, especialmente do italiano e português. Enquanto a *common law*, presente no Direito Estadunidense, originou-se do Direito Inglês (Direito Europeu Não Continental), países berços das Teorias do Não-Positivismo (Dworkin) e Positivismo (Hart), respectivamente. Esse é um dos problemas de interação e compatibilidade.

também não se resumem a juízos de valor arbitrários: elas resultam de uma combinação entre elementos descritivos e elementos valorativos, integrados por uma interpretação moral da prática jurídica como um todo (Viana, 2018, p. 26).

Nesse caso o Direito é uma questão de interpretação, não da perspectiva tradicional (interpretar a lei conforme a vontade/entendimento do legislador ao formulá-la), e não como um "registro geral da verdade de proposições normativas do Direito", onde somente seria aceitável a interpretação que se separa "de associações de intenção ou do sentido que lhe dá aquele que fala". Pelo contrário, a interpretação dworkiana compreende que o significado da interpretação do Direito está assentado na prática social normativa, ou seja, a verdade conforme as construções argumentativas que a compõe (Viana, 2018, p. 27).

O consenso é afastado nessa teoria, não é entendido como indispensável à interpretação uma vez que se trata de práticas sociais – não há, tanto no Direito, quanto nas artes, uma fórmula específica. A prática interpretativa está relacionada com a intencionalidade e propósito. Encontra-se o propósito da comunidade na qual a prática interpretativa foi concebida. A integridade do Direito neste ponto também conduz ao que Dworkin chama de "encadeamento de decisões jurídicas", traçando um paralelo com a literatura aborda-se a obra como um todo: o trabalho do artista que a cria e o do crítico que posteriormente a interpreta (Viana, 2018, p. 30).

A relação entre os *hard cases* e o encadeamento de decisões jurídicas compara-se, segundo Dworkin apud Viana (2018, p. 30) na literatura com uma novela contínua, na qual cada capítulo é elaborado por um autor diferente após a compreensão dos anteriores. Ao decidir casos common law, o juiz não irá apenas repetir o que outros juízes manifestaram em decisões anteriores, nem mesmo reconstruir a intenção decisória nestes casos. Deverá, na realidade, interpretar o conjunto de decisões passadas como uma novela coletiva, onde o sentido precisa ser compreendido e continuado.

Assim, cada juiz atua como um coautor dentro de uma longa tradição jurídica formada por inúmeras decisões, práticas e convenções, cabendo-lhe dar continuidade coerente a essa história comum por meio de sua decisão no caso presente, integrando passado, presente e futuro do Direito. A decisão judicial não é um ato isolado, mas uma etapa indispensável na construção progressiva e integrada do Direito, cujo sentido se revela no diálogo interpretativo entre passado e presente.

3.3 A INTERPRETAÇÃO CONCEITUAL E A ATUAÇÃO DO JUIZ HÉRCULES

Dworkin inicia discutindo que a interpretação está presente em diversos campos: direito, história, crítica literária, psicanálise, filosofia. Apesar da variedade de objetos e métodos, todas essas práticas compartilham algo importante. Ele sugere que a interpretação constitui um domínio intelectual tão fundamental quanto a ciência, formando com ela uma "dualidade" que abrange modos distintos de compreender o mundo. A partir disso, levanta questões centrais: existe verdade na interpretação? Pode-se dizer que uma interpretação jurídica, histórica ou literária é verdadeira ou mais correta do que outras? Ou as interpretações seriam apenas opiniões igualmente válidas, sem possibilidade de acerto ou erro? O autor investiga, portanto, se existe critério para distinguir interpretações melhores ou piores e se essa verdade interpretativa é diferente da verdade científica (Dworkin, 2011, p. 123-125).

Apesar de reconhecer que se usa a palavra "interpretação" para atividades muito diversas, Dworkin argumenta que há uma característica comum que justifica tratá-las como parte de um mesmo fenômeno: todas envolvem buscar sentidos, intenções ou propósitos nos objetos interpretados. Ele explica que não existe "interpretar em geral", pois toda interpretação depende do gênero escolhido — interpretar pontos luminosos exige decidir primeiro se são mensagem, arte, código etc. Contudo, em todos esses gêneros, nossas conclusões são descritas usando termos como "significado", "intenção", "propósito", o que revela uma estrutura compartilhada. Assim, Dworkin se prepara para defender que interpretações podem ser avaliadas como melhores ou piores, mais ou menos profundas, e que a busca por verdade interpretativa é legítima, ainda que distinta da verdade científica (Dworkin, 2011, p. 123-125).

As diversas modalidades de interpretação possuem um elemento comum que as conecta, de modo que a interpretação se apresenta como um domínio intelectual próprio, situado ao lado da ciência como uma forma distinta de compreender o mundo (Dworkin, 2011).[21]

O autor explica que toda interpretação — seja no direito, na literatura, na história ou na filosofia — envolve três elementos fundamentais: (1) a identificação do tipo de prática à qual pertence (como interpretar uma lei ou um poema), (2) pressupostos sobre a finalidade dessa prática, e (3) a alegação de que a interpretação proposta realiza essa finalidade melhor que as alternativas. Embora esse modelo seja "esquelético", Dworkin destaca que a interpretação é sempre holística: nossas intuições concretas influenciam nossos valores abstratos e vice-versa,

---

[21] "I argue that all these genres and types of interpretation share important features that make it appropriate to treat interpretation as one of two great domains of intellectual activity, standing as a full partner beside science in an embracing dualism of understanding" (Dworkin, 2011, p. 123).

de modo que o processo interpretativo integra continuamente princípios e juízos práticos (Dworkin, 2011, p. 123-125).

A partir dessa estrutura, Dworkin apresenta a "*value account*", que mostra que não há uma separação rígida entre o que um objeto significa e o valor que atribuímos a ele. Mudanças na compreensão dos valores afetam diretamente as conclusões interpretativas. Dworkin, então, distingue três grandes tipos de interpretação: colaborativa, explicativa e conceitual. A colaborativa pressupõe parceria com o autor, como ocorre em conversações, na crítica literária e no direito, em que o intérprete tenta realizar o valor que acredita que o autor pretendia alcançar. A interpretação explicativa é diferente: nela o intérprete não colabora com o criador, mas busca explicar o significado de um evento para o seu público — caso típico da história, sociologia e psicanálise. Já a interpretação conceitual lida com conceitos como "justiça" ou "verdade", que não pertencem a um autor, mas à própria comunidade; aqui, o ato de interpretar altera o conceito e redefine o problema para futuros intérpretes (Dworkin, 2011, p. 134-139).

Em cada uma dessas modalidades, o valor atribuído pelo intérprete orienta o que ele considera relevante, correto ou significativo. Na crítica literária, por exemplo, diferentes valores, formalismo, moralidade, mitologia, biografia, levam a leituras profundamente divergentes dos mesmos textos. Na história, valores distintos fazem historiadores privilegiar grandes ideias, detalhes concretos, perspectivas "a partir de baixo", ou significados políticos. Assim, Dworkin demonstra que interpretar é sempre escolher, selecionar e ordenar o mundo segundo valores: não há interpretação puramente neutra, mas esforços de compreensão guiados por finalidades e compromissos éticos e teóricos (Dworkin, 2011, p. 134-139).

> Interpretation is holistic: just as a moral philosopher aims at holding together concrete moral opinions and abstract justifying principles, reinterpreting each of these as necessary to achieve that integration, so an interpreter seeks, though usually unawares, an integration of background values and concrete interpretive insights (Dworkin, 2011, p. 134)[22].

A distinção entre *ser* e *dever ser* apresentada por Dworkin, reside na (re)interpretação conceitual de princípios estruturadores da moral, conforme o contexto histórico e social que permeia o intérprete, "a reinterpretação desses princípios pode até atenuar a diferença entre a moral familiar [sociedade limitada] e uma moral mais geral, mas não pode eliminá-la. É possível que você se sinta obrigado a dar uma ordem que preferiria não ter de dar" (Dworkin,

[22] "A interpretação é holística: assim como um filósofo moral busca conciliar opiniões morais concretas e princípios justificativos abstratos, reinterpretando cada um deles conforme necessário para alcançar essa integração, também o intérprete busca, embora geralmente sem perceber, uma integração entre valores de fundo e percepções interpretativas concretas" (Dworkin, 2011, p. 134, tradução nossa).

2018, p. 626). Acreditar que uma lei é injusta não a faz ser injusta, assim como crer que o direito deveria ser de determinada forma não o faz ser. Contudo, não é porque o direito foi escrito em forma de lei que o faz ser moral. Uma lei será má independente de sua época, o ponto é que ela será interpretada como boa ou má conforme o intérprete e suas convicções ou seus critérios históricos: "a lei era válida, mas era injusta demais para ser imposta" (Dworkin, 2018, p. 629).

A *justiça* e a *moralidade* da lei dependerão de uma interpretação conceitual do que seja *direito* e *moral* e, ainda, de uma análise moral do procedimento: "A imagem dos dois sistemas criou uma importante distinção entre o processo e a substância: entre os procedimentos pelos quais o direito é criado e o conteúdo do direito assim criado" (Dworkin, 2018, p. 632). Reforça-se que no antigo debate, os não-positivistas entendem que a moralidade presente no *procedimento* "contamina" a substância, por isso a *moral* estaria presente no *direito*, enquanto os positivistas, por entenderem como um sistema dicotômico, não haveria necessariamente a relação; o debate concentra-se na interpretação da substância. Uma parte da diferença entre as teses que são apresentadas está em estabelecer o conceito e abrangência do que se imagina e admite-se como direito. A mera distinção entre conceitos sociológico, de aspiração ou doutrinário, não supre a problemática. (Dworkin, 2018, p. 615) É preciso estabelecer um parâmetro, fala-se do banco da praça ou do banco na forma de estabelecimento que guarda dinheiro ou se o leão sentado no meio da Picadilly é leão no aspecto biológico ou apenas na aparência. Acaso os interlocutores estejam falando de coisas diferentes, com sentido e significados distintos, nunca haverá uma discordância ou concordância real.

Entender qual seja essa "substância" é importante. Não há um erro crasso no positivismo. Conceituar e identificar que direitos individuais, humanos, constitucionais, políticos, legislativos e decisões judiciais, são integrantes do direito, é essencial para perceber que numa interpretação conceitual (do que seja e o que deveria ser o direito) a moral está presente nos princípios morais estruturadores e justificadores:

> Devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido (Dworkin, 2018, p. 635).

Esses parâmetros interpretativos, alinhados às responsabilidades morais e valoração dos princípios, tendem a limitar a discricionariedade atribuída aos magistrados. Daí parte a idealização de um modelo de juiz por Dworkin, por ele nominado de juiz Hércules, capaz de elaborar uma teoria constitucional que justifique o ordenamento jurídico como um todo e a

quem cabe interpretar o direito. O juiz Hércules compreende que a leitura da normal legal será diferente do que a leitura de uma decisão judicial.

> Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos. Sua interpretação das decisões judiciais será diferente da sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui a linguagem jurídica como vimos argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo o argumento de princípio; Ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo legislativo. Mas quando interpreta as decisões judiciais, atribuirá a linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas (Dworkin, 2018, p. 173).

Hércules aceita regras, leis e precedentes, mas vai além deles ao buscar os princípios que conferem sentido e unidade ao sistema. Esses princípios resolvem a indeterminação textual ao orientar decisões segundo a integridade do direito, evitando que juízes decidam apenas com base em preferências pessoais ou em interpretações puramente semânticas. A decisão correta, portanto, é aquela que melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes e à história institucional do direito (Marin, 2019).

Dworkin fortalece que precedentes não produzem regras canônicas, como tentou se buscar nos séculos anteriores. As razões que fundamentam uma decisão atualmente orientam tão somente a ela, sem a pretensão de criar-se uma inovação ou modalidade de redação legislativa. A existência e o reconhecimento de princípios que ao invés de estimular a subjetividade do intérprete do direito, introjetam-se no mundo prático, fechando a interpretação. Não permitindo que o subjetivismo, a discricionariedade ou arbitrariedade do intérprete se destaque. Além disso, o magistrado idealizado entende que decisões anteriores possuem força gravitacional, não próxima da lei promulgada, mas de um apelo diverso da lei editada. O pêndulo deve pender para o caso concreto e as razões de decidir dos precedentes, com base nos argumentos principiológicos que motivaram a decisão política anterior, sem se ater estritamente ao caráter simbólico ou abstrato da lei editada (Rossi, 2018).

A partir da teoria interpretativista de Dworkin, é descrito as duas dimensões pelas quais toda decisão jurídica deve ser avaliada: adequação e justificação. Pela dimensão da adequação, o juiz deve verificar se o princípio que pretende aplicar “se encaixa” na história institucional do direito, isto é, se pode ser lido como parte coerente das decisões passadas, dos precedentes e de outros materiais jurídicos. Essa é uma avaliação formal, porque exige examinar se o princípio já foi, de algum modo, incorporado pela prática jurídica. Contudo, esse juízo de adequação não é mecânico: juristas podem divergir sobre quais princípios se ajustam melhor ao histórico jurídico, pois sempre há mais de uma leitura possível da tradição.

Já a dimensão da justificação exige que o intérprete avalie qual dessas leituras, dentre as adequadas, oferece a melhor justificativa moral e política do sistema jurídico como um todo. Aqui entra a integridade: o direito deve ser interpretado como a melhor expressão de justiça, equidade e respeito pelos direitos individuais. Assim, quando duas teorias ou princípios parecem igualmente adequados ao passado, prevalece aquele que possui maior força moral, por oferecer uma narrativa mais coerente e justa sobre a prática jurídica.

Dworkin ressalta que nenhuma teoria pode "esgotar" ou explicar devidamente toda a história do direito; sempre haverá decisões imperfeitas ou equivocadas. Ainda assim, o juiz deve escolher a interpretação que melhor reconcilia o passado com a moralidade política da comunidade. Havendo duas teorias que se adequam ao caso, deverá se optar pela que for moralmente mais forte. Portanto, adequação é um critério formal, relativo ao encaixe com a tradição jurídica, enquanto justificação é um critério substancial, relativo à força moral da interpretação. Essa combinação é o que permite ao juiz alcançar a "resposta correta" nos casos difíceis.

Rossi (2018, p. 102-103) complementa apontando que o juiz deve se perguntar como a interpretação realizada se adapta "à história institucional da prática jurídica em questão" (aspecto formal); e cabe ao magistrado a responsabilidade da melhor prática possível em relação à interpretação para a aplicação do direto ao caso – buscando a realização da justiça (aspecto substancial).

É por essa linha que se retoma o princípio das decisões e da jurisdição no sistema penal – livre convencimento motivado –, que impõe o dever de todas as decisões serem fundamentadas e adequadamente vinculadas em elementos do caso concreto, de legislação e em princípios do direito (geral ou específico). Esses pontos devem ser verificados quando da aplicação da teoria interpretativista de Dworkin no sistema jurídico penal brasileiro, ainda que seja de matriz teórica distinta e com atribuições limitadas para os precedentes e costumes morais, deve haver adequação e justificação. Importa analisar no próximo capítulo de que modo a teoria da interpretação de Ronald Dworkin pode favorecer a jurisdição criminal brasileira, se ela é apropriada para uma resposta adequada e se a hermenêutica jurídica (talhada por intérpretes dworkinianos) apresenta um panorama positivo.

4 O SISTEMA JURÍDICO PENAL BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DE DWORKIN

A crise contemporânea da jurisdição criminal brasileira não se circunscreve a uma mera antinomia de normas ou à obsolescência procedimental, mas repousa, fundamentalmente, na ausência de uma teoria macro-interpretativa que vincule o ato de julgar a um compromisso ético com a integridade do sistema jurídico. O Processo Penal, compreendido como o "termômetro da democracia" de uma nação, revela em sua práxis interpretativa a tensão dialética entre a pretensão punitiva estatal e a salvaguarda das liberdades individuais, evidenciando que a aplicação do Direito não é um exercício mecânico de subsunção, mas uma prática interpretativa dotada de profunda densidade política (Lopes Jr., 2020).

A análise da compatibilidade entre a interpretação conceitual de Ronald Dworkin e o ordenamento jurídico-processual penal brasileiro revela um potencial considerável, embora também aponte para desafios práticos e culturais. A forte carga principiológica da Constituição de 1988 e a consolidação do neoconstitucionalismo no Brasil criam um terreno fértil para a recepção das ideias dworkinianas. Daí porque a aplicação da teoria dworkiniana ao sistema jurídico penal brasileiro exige a delimitação de seus momentos teóricos. A crítica ao positivismo, a distinção entre regras e princípios e a rejeição da discricionariedade forte datam de “Levando Os Direitos A Sério” (1977); a unidade do valor, a independência da moralidade e a inserção do direito na estrutura mais ampla da moralidade política pertencem, por sua vez, à fase maturada de “A Raposa E O Porco-Espinho” (2011).

Entre essas duas formulações situa-se o núcleo construtivo da teoria. Foi em “O Império Do Direito” (1986) que o direito como integridade e a interpretação construtiva, com as dimensões de adequação e justificação e a metáfora do romance em cadeia, receberam desenvolvimento sistemático, e é esse instrumental que a aplicação empreendida neste capítulo mobiliza. Artigos e estudos posteriores consolidaram e refinaram o projeto sem alterar sua estrutura, recebendo formulação definitiva em 2011. O que se segue opera com a formulação de 2011, que incorpora e refina as teses da obra inaugural de 1977, mas mobiliza, tecnicamente, o instrumental construtivo de “O Império Do Direito” (1986): o direito como integridade e a interpretação construtiva, com as dimensões de adequação e justificação e a metáfora do romance em cadeia. É com esse aparato que a aplicabilidade da teoria dworkiniana no Sistema Jurídico Penal, através da análise da decisão do STF na ADO n.º 26, será examinada.

Em termos teóricos, a compatibilidade é evidente. O direito brasileiro, em sua atual fase pós-positivista, já reconhece a primazia dos princípios e dos direitos fundamentais como

normas vinculantes, trazendo inclusive essa premissa no art. 3º, do Código de Processo Penal, a aplicação cogente com força de lei de súmulas (art. 103-A, CF/88) e julgados de recursos repetitivos na condição de precedentes (art. 1.036 e seguintes, do Código de Processo Civil, aplicado aos casos de matéria penal).

A própria técnica da "interpretação conforme a Constituição" é uma manifestação prática da busca pela "melhor aplicação" de uma norma infraconstitucional, adequando-a aos ditames constitucionais. Nesse sentido, a interpretação conceitual de Dworkin oferece um arcabouço teórico para fundamentar e aprofundar essa técnica, ao invés de vê-la como mera solução pragmática.

Os direitos fundamentais como "trunfos" dworkinianos ressoam profundamente no Processo Penal. Garantias como a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal e a vedação da prova ilícita são exatamente os "trunfos" que o indivíduo possui contra o poder persecutório do Estado. Uma interpretação que busca a integridade do direito processual penal deve zelar pela máxima efetividade desses trunfos, mesmo quando o clamor social por punição ou a eficiência da investigação pressionam em sentido contrário. Isso não implica impunidade, mas sim a imposição de que a persecução penal se dê dentro dos limites e garantias estabelecidos, para que a pena, se imposta, seja legítima.

A transposição da teoria de Ronald Dworkin para o cenário processual penal brasileiro exige, antes de tudo, o reconhecimento de que o Direito é uma prática interpretativa contínua, onde o magistrado não atua como um inventor de sentidos, mas como um garante da integridade institucional. No Brasil, o Processo Penal deve ser lido como um "termômetro da democracia", conforme ensina Aury Lopes Jr. (2020), o que implica que a sua legitimidade não reside na eficiência da punição, mas na estrita observância das "regras do jogo". Nesse cenário, a recepção da teoria de Ronald Dworkin no Brasil deixa de ser um exercício de direito comparado para ascender à condição de imperativo ético, vocacionado a superar o que se denomina "solipsismo judicial" — a tendência do magistrado de decidir a partir de suas próprias convicções morais subjetivas, transformando-se no "dono dos sentidos" da norma.

A fundamentação filosófica desta abordagem reside na compreensão do Direito como Integridade, o qual impõe ao intérprete o dever de ver o ordenamento não como um mosaico de decisões atomizadas, mas como uma narrativa contínua e coerente (Streck; Motta, 2018). Para Dworkin (2014), a interpretação não é um ato de criação *ex nihilo*, mas um processo construtivo que exige que cada nova decisão seja um capítulo fiel de um "romance em cadeia", respeitando a história institucional e os princípios que justificam a prática jurídica como um todo. No

Processo Penal brasileiro, marcado por um "ranço inquisitório" persistente (Lopes Jr., 2020), se faz necessária uma “filtragem constitucional” da legislação, esse dever de integridade funciona como um filtro contra a discricionariedade judicial forte, a qual permite que o magistrado, sob o pretexto de lacunas ou casos difíceis, usurpe a função legislativa para criar normas penais retroativas ou expansivas. A ética dworkiniana exige que o juiz descubra os direitos já latentes no sistema, tratando-os como "trunfos" oponíveis às maiorias políticas e à eficiência utilitarista do aparato repressivo.

A implementação da figura do Juiz Hércules para o sistema de *Civil Law* brasileiro atua como um horizonte regulador de responsabilidade política. Hércules não decide por "chutes" ou intuições, mas realiza uma "ascensão justificadora" que submete cada argumento ao teste rigoroso da adequação (*fit*) e da justificação moral (Marin, 2019). Enquanto a adequação exige que a decisão se ajuste aos textos normativos e precedentes estabelecidos, a justificação demanda que o intérprete escolha a leitura que coloque o Direito sob sua "melhor luz", ou seja, a que melhor harmonize a norma com os princípios da dignidade humana e da igualdade material. No julgamento paradigmático da ADO n.º 26, o Supremo Tribunal Federal operou precisamente essa técnica: ao reconstruir o conceito de racismo para abranger a homotransfobia, a Corte não criou uma nova regra, mas realizou uma interpretação conceitual e construtiva, revelando que a integridade do sistema exige a proteção de minorias vulneráveis contra ideologias de inferiorização.

Essa hermenêutica filosófica opõe-se frontalmente ao "pamprincipiologismo" (Streck, 2019) – a invenção arbitrária de princípios desprovidos de densidade deontológica para justificar desejos pessoais do julgador.[23] O interpretativismo dworkiniano, ao contrário, sustenta que os princípios autênticos fecham a interpretação em vez de abri-la para o arbítrio, pois estão ancorados na intersubjetividade e na tradição pública da linguagem jurídica:

---

[23] “O pamprincipiologismo – expressão que cunhei há alguns anos – está ligado à fragilização da autonomia do Direito. Se princípios são normas – e, com exceção dos ositivistas, não vejo ninguém falando o contrário – então eles são deontológicos, isto é, são normativos. Princípios valem. Logo, não é qualquer coisa que pode ser “um princípio”. Se fosse possível qualquer coisa ser um princípio, esvaziaríamos a função do legislador. Estaria o juiz ou advogado inventar um princípio (como, de fato, faz todos os dias). Espanta-me ver que um princípio inventado tenha o condão de revogar uma regra jurídica. O que está por trás deste fenômeno denominado pamprincipiologismo é a velha tese de que “princípios são valores”. Ora, se são valores, não são normas. Se são normas, não podem ser valores. Valores são contingenciais. Estão ligados à moral. E a moral é contingente. Moral não corrige o Direito. Esse é um problema sério. Se princípios são valores e os valores estão ligados à moral (ou moralização do Direito), então a moral corrige o Direito. Pergunto, então: quem corrige a moral?” (Streck, 2019. p. 25).

> Por isso, defendo, ao lado de Dworkin e Ferrajoli, que os princípios não abrem a interpretação, e, sim, fecham/limitam. Os princípios (re)inserem a facticidade no Direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, torne público o sentido que será, assim, intersubjetivamente controlado, e tenderá a manter ilesa a coerência e integridade do Direito (Streck, 2019. p. 37).

No Processo Penal, isso implica que garantias como o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência não são meras regras técnicas passíveis de ponderação utilitarista, mas imperativos éticos que estruturam a moralidade do processo e protegem o indivíduo contra a "coisificação" promovida pela lógica inquisitorial (Lopes Jr, 2020). A decisão justa, portanto, na explicação de Streck (2019), é a Resposta Adequada à Constituição (RAC), que não admite escolhas solipsistas, mas exige uma fundamentação pública capaz de demonstrar que a solução adotada é a única que preserva a integridade moral da comunidade política.

O fundamento ético e político da teoria de Dworkin no Brasil reside na restauração da autonomia do Direito frente às pressões da política partidária e da moralidade privada. O Processo Penal deve ser lido como um sistema de garantias onde o magistrado, ao buscar a resposta correta, exerce um dever de responsabilidade política que legitima a coerção estatal apenas quando esta é exercida sob o império da lei interpretada em sua melhor forma:

> A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial (Lopes Jr., 2020, p. 89).

A hermenêutica dworkiniana oferece, assim, o instrumental analítico necessário para transformar o processo criminal em um autêntico instrumento de liberdade, assegurando que o julgamento não seja um ato de vontade do soberano, mas uma expressão fiel dos princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito. Vale lembrar que Dworkin entende o direito como ciência para além da legislação e pragmatismo das decisões e das regras. O direito não é nem a letra positivada, nem a decisão do juiz (que embora seja a última, não é por isso a mais correta) e nem mesmo os princípios puros; o direito é a construção interpretativa e integridade da união contextualizada e complexa:

> O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. 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 o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que toma 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. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua Finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (Dworkin, 1999, p. 492).

Este capítulo pretende correlacionar significado e conteúdo da teoria de interpretação de Ronald Dworkin, com a interpretação segmentada no âmbito do Direito Processual Penal e Penal Material brasileiros. Essa correlação entre interpretativismo e jurisdição (de interpretação jurídica a ativismos judiciais) do magistrado se torna importante "porque se a origem social ou as lealdades preexistentes determinam a decisão de um juiz, isso sugere que ele não está seguindo regras" (Dworkin, 2010, p. 10), senão que pode estar julgando com justiça ou equivocada discricionariedade.

4.1 APLICABILIDADE DA TEORIA DWORKINIANA NA ADO n.º 26

A leitura do *hard case* selecionado, com os óculos de Dworkin, revelam que a análise do Supremo Tribunal Federal remete a uma aplicação, ainda que implícita, da metáfora do romance em cadeia. Não se está a dizer que o STF *fez uma leitura dworkiniana* propositalmente, e provavelmente não tenha sido a intenção, essa é uma visão e interpretação nossa sobre o julgamento ocorrido – é desse modo que propomos seja a ADO n.º 26 interpretada.

A revisão do inteiro teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, vista no final do Capítulo 1, revela que, embora a teoria interpretativa de Ronald Dworkin e seu entendimento do direito como integridade e construção não sejam citados expressamente por nenhum dos Ministros da Suprema Corte, o uso de teses e conceitos

dworkinianos[24] e a estrutura argumentativa da decisão majoritária apresenta convergência profunda e sistemática com os elementos centrais de sua teoria da interpretação jurídica. Essa convergência pode ser demonstrada mediante a análise de dimensões fundamentais da teoria dworkiniana, tais como: a interpretação como prática construtiva; as dimensões do *fit* (adequação) e da *justification* (justificação moral) e o direito como integridade (*law as integrity*).

A divergência ocorrida entre os ministros é campo de interpretação e não equivale à indeterminação da questão. A teoria dworkiniana distingue a incerteza (o intérprete diante de argumentos de persuasão) da indeterminação (a afirmação de que não existe resposta correta). O mero fato de ministros haverem discordado, cada qual com argumentos juridicamente reconhecidos e atrelados a princípios constitucionais penais, atesta a primeira condição: incerteza compartilhada é episódio esperado na interpretação de conceitos interpretativos, justamente porque quem discorda disputa a melhor justificativa de um conceito que compartilha. A divergência registrou-se no plano da incerteza dos intérpretes, permanecendo intacta a estrutura que permite avaliar as interpretações concorrentes. O teste é dado pela própria teoria: cada voto se satisfaz na dimensão de adequação (não contradizendo os materiais normativos) e na justificação (oferecendo a melhor leitura moral da prática constitucional).

Ao desdobrar o conceito de racismo para alcançar a homotransfobia, a Corte não rompeu com o passado, mas deu continuidade à narrativa iniciada no Caso Ellwanger, tratando o Direito como um todo coerente que deve falar com uma só voz, por isso que "*a integridade detém seu olhar sobre essas questões de princípio: o governo deve ter uma só voz ao se manifestar sobre a natureza desses direitos, sem negá-los, portanto, a nenhuma pessoa em momento algum*" (Dworkin, 1999, p. 268). Sob essa luz, o termo "racismo" deixa de ser um conceito puramente biológico ou histórico para se tornar um conceito interpretativo, cujo sentido é revelado pela busca da "melhor luz moral" da Constituição: a proteção da dignidade humana contra ideologias de inferiorização. Os votos vencidos, sustentando que a aplicação da

[24] Há dois momentos em que Ronald Dworkin é nomeado no acórdão. Sobre seu entendimento acerca dos limites da "liberdade de expressão", a tolerância no Estado Democrático de Direito e a distinção em relação ao discurso de ódio, o Ministro Alexandre de Moraes cita a obra de Dworkin sobre a leitura moral da Constituição; e o Ministro Luís Roberto Barroso, no ponto dedicado à fundamentação teórica da decisão e ao papel contramajoritário da Corte Constitucional na proteção de minorias vulneráveis (como a comunidade LGBTI+) frente às omissões do Poder Legislativo, recorre à célebre formulação dworkiniana dos direitos como "trunfos" oponíveis às maiorias políticas (o que justificaria uma atuação ativa do STF). Não há outra elaboração mais profunda nem construção argumentativa acerca dos métodos e formas de interpretação, de maneira que não constitui fundamentação adotada pelos ministros do STF. Portanto, frisamos, a aproximação entre o acórdão da ADO nº 26 e o interpretativismo de Dworkin é uma reconstrução teórica e hermenêutica proposta nesta pesquisa, e não um percurso metodológico assumido explicitamente pelo STF.

Lei n.º 7.716/1989 à homofobia e à transfobia exigiria analogia vedada, partiram de uma compreensão criterial do conceito de racismo (referido a etnia e origem), quando a Constituição o emprega como conceito interpretativo e valorativo, de conteúdo a fixar pela melhor justificativa. O voto minoritário falha no teste que a teoria impõe, ao tratar como fixo o alcance semântico de um conceito cuja natureza é interpretativa.

Dworkin sustenta que os juízes devem tratar os direitos fundamentais como "trunfos" oponíveis às maiorias políticas. No caso interpretado, pode ser entendido que o STF atuou para garantir que o trunfo da igualdade e da não-discriminação prevalecesse sobre a omissão legislativa, justificando a coerção estatal não por conveniência política, mas por um dever de responsabilidade política e ajuste institucional. Entretanto, "o abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito" e sua aplicabilidade exige cautela; o intérprete deve atender à letra do dispositivo, porém com a "maior cautela e justo receio" de sacrificar as realidades morais, econômicas e sociais – que constituem o fundo material da vida jurídica – em favor de sinais puramente lógicos e formais como adverte a doutrina de Maximiliano (2017, p. 112). Sustentando ainda que a interpretação não pode se converter em desobediência às prescrições explícitas para "melhorá-la" de forma arbitrária, devendo o intérprete buscar a "razão da lei" sem aniquilar a segurança jurídica:

> Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade. Assim, pondo em função todos os valores jurídico-sociais, embora levado pelo cuidado em tornar exequível e eficiente o texto, sutilmente o faz melhor, por lhe atribuir espírito, ou alcance, mais lógico, adiantado, humano, do que à primeira vista a letra crua pareceria indicar (Maximiliano, 2017, p. 253).

A primeira dimensão da teoria dworkiniana é o *fit* (adequação): a interpretação jurídica não é atividade livre ou arbitrária, mas está vinculada à prática jurídica existente. Uma interpretação legítima deve ajustar-se aos materiais jurídicos disponíveis - textos normativos, precedentes, práticas institucionais consolidadas, estrutura de princípios do ordenamento (Dworkin, 1999, p. 271-282). Como Dworkin explica:

> A interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais pertence. [...], mas a história ou a forma de uma prática ou objeto limita as interpretações disponíveis. [...] A história é importante porque devemos interpretar tal como ela é, e não como poderia ter sido (Dworkin, 1999, p. 63-64).

A decisão da ADO n.º 26 demonstra adequação à prática jurídica brasileira em cinco momentos. Há continuidade jurisprudencial pelo uso do precedente Ellwanger, representando aplicação da dimensão do *fit*. A decisão na ADO n.º 26 não rompe com a história institucional do STF, mas desenvolve coerentemente linha jurisprudencial já estabelecida. Como visto,

Dworkin (1999, p. 275) utiliza a metáfora do *chain novel* para explicar essa ideia: cada juiz, ao decidir, é como um autor que escreve um novo capítulo de um romance, mas deve manter coerência narrativa com os capítulos anteriores escritos por outros autores. A ADO n.º 26 é o "novo capítulo" que continua coerentemente a "narrativa jurisprudencial" iniciada no Caso Ellwanger (Brasil, 2003), aplicando o mesmo pressuposto (racismo como ideologia de inferiorização a parcela populacional) ao novo caso (homotransfobia).

Há adequação, porquanto a decisão tem ancoragem em lei preexistente. A decisão não criou tipos penais novos mediante atividade legislativa judicial, de maneira que aplicou lei vigente desde 1989 (Lei 7.716/89, alterada pela Lei 9.459/97). A interpretação não "flutua no ar", mas ancora-se em texto normativo vigente, editado pelo Poder Legislativo. Dworkin argumenta que a dimensão do *fit* exige que a interpretação judicial não contradiga frontalmente a legislação existente, embora possa desenvolvê-la construtivamente (Dworkin, 1999, p. 277-278).

Outro ponto perceptível, é de que a fundamentação se vinculou em mandados constitucionais de criminalização expressamente previstos (Arts. 5º, XLI e XLII). O voto conectou sistematicamente os arts. 5º, XLI e XLII (mandados de criminalização), art. 1º, III (dignidade humana), art. 3º, IV (objetivo de construir sociedade sem discriminação) e art. 5º, caput (princípio da igualdade), argumentando que o sistema constitucional, lido em conjunto, exige a criminalização da homofobia e transfobia. Por essa conexão e (re)construção, identificou-se o *telos* do mandado de criminalização constitucional como sendo a proteção de grupos vulneráveis contra práticas que neguem sua dignidade. A partir dessa finalidade, ampliou-se o alcance da proteção penal constitucionalmente vinculada. Desvela-se o objetivo central da norma para lhe dar uma interpretação que melhor represente sua intenção (interpretação teleológica aplicada).

A intenção é verificada também de forma evolutiva na decisão, analisando-se o conceito atribuído pelas legislações. A interpretação judicial que revisou o conceito do termo seguiu a mesma lógica que o próprio legislador adotou em 1997, não representando ruptura, mas continuidade com a trajetória evolutiva da lei. Nesse ponto, igualmente identifica-se convergência com a teoria da integridade do direito (*law as integrity*) de Dworkin (1999, p. 291):

> O direito como integridade pede aos juízes que assumam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

O Direito deve ser interpretado como um todo coerente, não como conjunto fragmentado de regras isoladas. A decisão não é construção judicial sem base textual, mas interpretação construtiva de textos normativos que estabelecem deveres estatais (mandados de criminalização). Como Dworkin explica, a interpretação construtiva não ignora os textos jurídicos, mas busca sua melhor justificação à luz de princípios, devendo identificar aqueles subjacentes às práticas jurídicas e desenvolvê-los coerentemente (Dworkin, 1999, p. 290). O princípio atrelado à Lei 7.716/89 e suas alterações é: criminalizar discriminações estruturais graves; julgar eficaz a sanção à homofobia/transfobia, através de aplicação dessa Lei, desenvolve coerentemente o preceito dworkiniano apresentado.

A decisão da ADO n.º 26 se ajusta à prática interpretativa. Não representa ruptura ou inovação radical, mas desenvolvimento coerente do Direito existente. As cinco dimensões analisadas (precedente Ellwanger, Lei 7.716/89, mandados constitucionais, tratados internacionais, evolução legislativa) demonstram que a interpretação judicial se ancora sólida e multiplamente no ordenamento jurídico.

A segunda dimensão da teoria dworkiniana é a *justification* (justificação moral), na qual a fundamentação da decisão deve invocar princípios morais (dignidade da pessoa humana, igualdade material, proteção de minorias vulneráveis e vedação de discriminação). Para Dworkin, adequação não é suficiente, pois pode haver múltiplas interpretações que se "ajustam" aos materiais jurídicos. O intérprete deve escolher aquela que coloca o Direito sob sua melhor luz moral - a interpretação que torna a prática jurídica moralmente justificada pelos princípios que a comunidade política reconhece como válidos. Do que já foi revisado, ficou claro que o Min. Barroso realiza em seu voto expressa "leitura moral da Constituição" (*moral reading*).

Na teoria de Dworkin, a proteção judicial de minorias exemplifica a teoria dos "direitos como trunfos", na qual direitos fundamentais permitem que indivíduos e minorias se oponham à maioria, sem se submeterem ao cálculo utilitarista ou à vontade majoritária. Disso decorre que a dignidade humana seja entendida como um princípio moral que justifica normas jurídicas e legitima a atuação coercitiva do Estado, e o princípio da igualdade possua dimensão moral substantiva: exige que o Estado trate todos os cidadãos com *equal concern and respect* (igual consideração e respeito) (Dworkin, 2002, p. 419-420). Isso não significa tratamento idêntico em todas as situações, mas sim que o Estado deve demonstrar igual consideração pelas vidas de todos, o que pode exigir tratamento diferenciado para grupos em situação de vulnerabilidade que sofram discriminação. A interpretação conjunta dos princípios morais maximiza a proteção dos indivíduos e coloca o Direito sob sua melhor luz moral.

Isso reflete o núcleo da teoria da integridade: o Direito deve tratar casos semelhantes de forma semelhante, mantendo coerência principiológica. A inconsistência viola a integridade do sistema. Segundo essa concepção, o Direito não é apenas um conjunto de regras desconexas editadas por diferentes autoridades em diferentes momentos históricos. O Direito é uma prática interpretativa contínua orientada por princípios que conferem coerência ao sistema jurídico (Dworkin, 1999, p. 273).

O argumento central da ADO n.º 26 é de *integridade*: seria incoerente o sistema jurídico brasileiro criminalizar racismo contra negros (Lei 7.716/89, art. 1º - "raça, cor") e antissemitismo contra judeus (precedente Ellwanger), mas não criminalizar homotransfobia contra LGBT+, quando todos esses casos compartilham o mesmo princípio subjacente - a proteção da dignidade humana contra ideologias de inferiorização de grupos. Este é o argumento da integridade em sua forma mais pura. Dworkin argumenta que o Direito deve ser coerente consigo mesmo: deve tratar casos semelhantes de forma semelhante (coerência horizontal) e deve manter coerência com decisões passadas (coerência vertical/temporal) (Dworkin, 1999, p. 273-274). A exclusão da homofobia da proteção penal, enquanto outras discriminações estruturalmente idênticas são criminalizadas, criaria incoerência no sistema, violando a integridade.

O ponto onde a conexão com Dworkin é mais evidente - embora implícita - é na reconstrução conceitual do termo "racismo" realizada pelo STF, à luz de argumentos morais. "Racismo" não é conceito natural (baseado em fatos empíricos, construídos pela ciência) nem conceito critério (baseado em convenções sociais e culturais), mas conceito interpretativo (baseado em valores morais, dependentes de teorias normativas): "*Sem dúvida, a percepção nacional de como lidar com a maldição do racismo passa por avanços e recuos, à medida que a complexidade e as dimensões do problema se tornam mais evidentes*" (Dworkin, 2002, p. 227).

A interpretação literal do conceito de *raça* contido na Lei 7.716/89, se restrita à sua acepção biológica ou fenotípica, tornaria a norma letra morta, pois a raça biológica não existe. O que existe é o racismo social. "Racismo" é um conceito interpretativo, não natural nem de critério. Seu sentido depende de uma teoria moral sobre o que torna uma prática discriminatória moralmente condenável a ponto de justificar criminalização. Essa rejeição do literalismo alinha-se à crítica dworkiniana à "*plain meaning rule*" (regra do sentido literal): não há sentido "literal" objetivo e neutro; toda leitura é interpretativa, devendo buscar a melhor justificação moral da norma.

Ainda que não transpareçam o uso de uma teoria única nem tenham os ministros se filiado expressamente a Dworkin (sem citá-lo na parte fundamental do problema), tem-se que o Colegiado da Supra Corte realizou a interpretação conceitual em seu voto majoritário, seguindo a metodologia dworkiniana:

1. Identificou que "racismo" é conceito interpretativo, não natural (rejeição da definição biológica e literalista)
2. Identificou o valor moral subjacente que justifica o uso do conceito: proteção da dignidade contra ideologias de inferiorização
3. Reconstruiu o conceito à luz desse valor: racismo é a ideologia de inferiorização de grupos humanos
4. Aplicou o conceito reconstruído ao caso concreto: homotransfobia enquadra-se no conceito por discriminar minorias vulneráveis.

4.2 IMPLICAÇÕES, CONTRIBUIÇÕES E LIMITES DA TEORIA DWORKINIANA PARA A COERÊNCIA E JUSTIÇA

As implicações práticas da adoção dessa abordagem interpretativa são significativas. Desde a *redução da discricionariedade arbitrária* ("discricionariedade forte"), em que a busca pela integridade e pela melhor tese restringe a liberdade do juiz, não eliminando a discricionariedade, mas a canalizando para decisões fundamentadas em princípios e na coerência do sistema. Isso combate decisões puramente pessoais ou baseadas em conveniência. A decisão deve estar ancorada em um princípio basilar constitucional bem definido ou lei infraconstitucional devidamente interpretada e motivada.

A principal contribuição do interpretativismo dworkiniano ao sistema processual penal reside na superação do dogma da discricionariedade judicial forte, herdado de um positivismo que delegava ao magistrado a função de legislador nos casos de lacuna ou vagueza normativa. Adota-se a ideia de que o Direito não é um sistema composto exclusivamente por regras de "tudo ou nada", mas uma prática interpretativa complexa onde os princípios operam como padrões obrigatórios que guiam a descoberta dos direitos já latentes no ordenamento. No Brasil, onde a cultura jurídica ainda é marcada por uma herança autoritária, que permite ao juiz atuar de ofício na gestão da prova sob o pretexto de uma ilusória "verdade real", significa que mentalmente o juiz opera a partir da prevalência das hipóteses sobre os fatos a serem interpretados (Lopes Jr. 2020), porque, ele pode decidir primeiro (definição da hipótese) e depois ir atrás dos fatos, leis e princípios que justificam a decisão previamente tomada.

A exigência de integridade funciona como um limite intersubjetivo, impedindo que o magistrado decida com base em sua consciência isolada ou em critérios extrajurídicos de conveniência política. E é por isso, que “dizer que o juiz decide conforme sua consciência retira o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário” (Streck, 2019, p. 14), e resultaria em livre convencimento que só obedece a consciência presente em sujeitos autoritários. Para o jusfilósofo, o juiz não tem liberdade para "criar" o Direito em casos difíceis; ele deve descobrir a resposta que melhor se ajusta e justifica o sistema como um todo (Dworkin, 2002). Isso impõe que garantias como a presunção de inocência e *o in dubio pro reo* não são apenas regras técnicas, mas princípios que estruturam a moralidade do processo e que devem operar como normas de julgamento absolutas até o trânsito em julgado.

A implicação direta desse modelo é, como já visto, a imposição da "consistência articulada", exigindo que o julgador não apenas decida o caso presente, mas demonstre que sua decisão é um capítulo coerente de um "romance em cadeia" que respeita a história institucional e a principiologia constitucional. O aumento da coerência e previsibilidade jurisprudencial, trazendo segurança jurídica consistência na jurisprudência, reduzindo a oscilação e maior assertividade para os *easy cases*, ao exigir que as decisões se "encaixem" e se "justifiquem" no todo do sistema jurídico. Nesse sentido é que as garantias fundamentais deixam de ser meras recomendações para serem elevados ao grau de direitos obrigatórios oponíveis à pretensão punitiva do Estado e ao cálculo utilitarista da eficiência policial (Dworkin, 2002). A contribuição da integridade jurídica, portanto, é forçar o sistema a "falar com uma só voz", assegurando que a liberdade do cidadão não seja sacrificada em nome de objetivos coletivos contingentes, impondo ao julgador o dever de responsabilidade política de tratar o ordenamento não como um mosaico de decisões atomizadas e pragmáticas, mas como uma narrativa contínua e coerente.

Por outro lado, haverá maior fortalecimento do garantismo processual, uma vez que a ênfase nos direitos como trunfos e nos princípios como elementos constitutivos do direito eleva o patamar de proteção das garantias do acusado, assegurando que estas não sejam flexibilizadas em nome de uma suposta eficiência punitiva. O que igualmente atrai a melhora na fundamentação e qualificação das decisões judiciais, pois a exigência de um "Juiz Hércules" impulsiona a necessidade de fundamentações mais robustas e principiológicas, que demonstrem como a decisão se ajusta ao passado institucional e o justifica moralmente. Respeitando as diretrizes para motivação das decisões, já existentes no art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, em conjunção ao método interpretativo construtivo e conceitual, a valoração da norma e aplicação aos casos difíceis trará uma melhor resposta jurisdicional correta.

Dos métodos de interpretação supostamente incompatíveis ou que deverão ser rechaçados se adotado o interpretativismo dworkiniano, entende-se que nem mesmo a interpretação literalista pode ser entendida como *incompatível* ou contrária à teoria aplicado por Dworkin, mesmo quando o próprio filósofo rejeita sua aplicação pela limitação casuística. A interpretação literalista, em que pese seja limitada – e concorda-se que é, pois não abrange sequer a ideia de conceito contextualizado no sistema e norma –, não impede de ela ser usada como base para início de abordagem e utilização de outros métodos interpretativos mais abrangentes.

Quando Dworkin reclama que é necessário entender sobre o que é debatido e dessa forma discutir de fato o termo conceitual, ele quer também dizer que não basta seja o conceito criado pelos sistemas morais e princípios no contexto social e político, mas que primeiramente se tome consciência do local de partida. Para interpretar algo é preciso inicialmente entender sobre o que se está falando. Quando da obra "Raposa e o Porco-Espinho", Dworkin (2014) aborda o exemplo de um debate acerca do *banco*, e ali discorre sobre os diferentes tipos de bancos que podem existir a depender do contexto e conceito a que se aplica o termo – se seria um banco de se sentar na praça ou o banco como instituição financeira. Outro exemplo trazido por Dworkin, apresentando uma distinção mais tênue entre situações de análise, é o entendimento sobre o que seria uma pessoa *calva* – se é aquele sujeito que tem poucos cabelos ou aquele que não tem cabelos na parte de cima da cabeça, mas tem nas laterais, ou se é aquele que não tem nenhum cabelo e, portanto, se assemelharia ao *careca*). Os exemplos são singelos, porém indicam uma percepção de diferentes níveis de interpretação e valoração aplicáveis a um mesmo termo.

Daí vem que a interpretação literal ou gramatical, por vezes poderá ser sim usada como ponto de partida para a análise através da teoria de interpretação conceitual e construtiva no próprio direito. No caso exemplificativo trazido nessa pesquisa, partindo-se do pressuposto de que a discussão legislativa era se o termo *raça* preenchia igualmente o termo *gênero*. Gramaticalmente falando, nota-se que não há essa compatibilidade, todavia, a própria interpretação literal nos mostra que o termo raça sequer poderia ser utilizado para identificar seres humanos de diferentes origens étnicas, de cor de pele e outras nuances sociais. E que na verdade o termo raça aplicável a outras espécies de animais foi importado para se referir a seres humanos em razão de políticas sociais discriminatórias e de segregação.

Considerando esse pressuposto, a interpretação literal tornou possível que a análise partisse de um ponto de vista comum. Sejam os votos favoráveis a expansão do termo raça – com sua compatibilização com os conceitos de gênero e identidade sexual por meio de uma

visão de dignidade da pessoa e de igualdade –, sejam aqueles votos que entenderam pela não expansão, mas sim pela legalidade e preservação da separação dos poderes, partiram da premissa de que a literalidade do termo era insuficiente para a resolução do conflito e que precisava ser complementada por outros métodos interpretativos. Assim, se utilizou da leitura conforme a Constituição, de princípios e sistema moral e da finalidade legislativa, para dizer que o racismo punido pela legislação era em verdade uma proteção a discriminação social e não puramente racial. A objeção, ao fim e ao cabo, se resumiu em verificar se era possível a criminalização de conduta pela interpretação judicial e não se o termo analisado abrange os demais conceitos debatidos.

Ainda assim, existem limites que devem ser enfrentados e discutidos. A atuação do magistrado na condição de condutor do processo criminal deve ser preservada e fiscalizada pelo juízo motivado. Um dos métodos para isso é a fundamentação empregada nas decisões, a expor o resultado da interpretação do conteúdo e valoração da lei aplicada ao caso concreto. No transcurso do tempo, manifestações e decisões judiciais em âmbito nacional apontam para vícios de interpretação que derrubam essa figura jurisdicional justa do *juiz hércules*. Existe, portanto, uma premente necessidade de entender a validade e abrangência dogmática e filosófica dessa jurisdição a interpretação normativa processual quando em choque com a teoria da interpretação defendida por Ronald Dworkin.

A aplicação de Dworkin no Direito Processual Penal e Penal Material brasileiros não está isenta de limitações e desafios. Seja em razão complexidade teórica, pela profundidade filosófica e o tempo exigido para a aplicação do modelo do "Juiz Hércules", que pode ser utópico e irrealista, diante da sobrecarga dos tribunais brasileiros e do volume massivo de processos. O que pode levar à degeneração da integridade em um "pamprincipiologismo" vazio, onde princípios são inventados para justificar desejos do intérprete (Streck, 2019, p. 25).

Seja pela cultura jurídica distinta entre *civil law* e *common law*, uma vez que aquela prima pela legalidade das regras e essa pelos avanços sociais e jurisprudenciais. Os limites da teoria dworkiniana residem nessa tensão com a estrita legalidade penal, e a aplicação da teoria encontra limites rigorosos na tradição de estrita legalidade penal do sistema de *Civil Law*. Enquanto no *Common Law* a força gravitacional dos precedentes permite uma evolução mais fluida, no Direito Penal brasileiro, a interpretação construtiva deve sempre curvar-se ao princípio da reserva legal e à taxatividade. Apesar da evolução do neoconstitucionalismo, a cultura jurídica brasileira ainda possui matriz positivistas e legalistas. A transição para uma abordagem interpretativa mais filosófica pode enfrentar resistência e exigir mudança de

mentalidade e formação. A interpretação conforme a constituição, quando aliada à interpretação extensiva e analógica, sofre duras críticas pela sobreposição dos Poderes do Estado.

Em diálogo com Alexy, Abboud e Oliveira (2018, p. 210), abordam a preocupação com o choque de sistemas antagônicos e suas combinações que interferem na segurança jurídica das decisões judiciais, pelo uso de legislação pura (*civil law*) ou de precedentes (*common law*):

> A pergunta pelo modo possível de tornar as decisões judiciais de todos os órgãos que compõem um determinado sistema de justiça consistentes, de modo a produzir resultados normativos regulares e estáveis é uma preocupação ínsita a qualquer sistema democrático, seja do *common law* ou *civil law*. Na medida em que o poder político encontra vedação constitucional explicita de conferir tratamento diferenciado aos seus cidadãos, surge, como consequência, uma obrigação - derivada da dimensão objetiva dos direitos fundamentais - para que as instituições produzam decisões consistentes e coerentes entre si. A teoria do direito tenta explorar respostas para este problema a partir de várias estratégias distintas. Desde propostas mais céticas ou niilistas, que veem como impossível qualquer tentativa de tornar o sistema mais coerente e consistente do que aquilo que é ele já é, de forma espontânea; até poderosas propostas idealistas que buscam criar condicionamentos naturais-objetivos aos quais os agentes de decisão estariam necessariamente vinculados no momento de prolatar seus éditos (Abboud; Oliveira, 2018, p. 210).

E, haverá inegavelmente um conflito com a estrita legalidade do Direito Penal, na maneira de valoração de conceitos que constituem regras infracionais ou sancionatórias. Embora Dworkin afirme que sua teoria respeita o ajuste ao texto e aos precedentes, a estrita legalidade penal (no sentido da taxatividade e proibição de analogia *in malam partem*) impõe limites mais rígidos à interpretação no Direito Penal Material, onde a "melhor luz" deve ser a que garanta a liberdade e os direitos individuais e limite a criminalização desmedida. A interpretação construtiva não pode servir para expandir o poder punitivo de forma imprevisível, sem base, ou para sanar lacunas legislativas sem precedentes e vínculos dogmáticos ou principiológicos, sob pena de violar o princípio da reserva legal. A interpretação conceitual deve reforçar os limites do poder punitivo, tratando o processo como um instrumento de redução de danos e contenção do poder estatal.

A teoria dworkiniana pode contribuir para a justiça no processo penal ao substituir o subjetivismo do "livre convencimento" por uma ética de responsabilidade institucional. A coerência não é aqui um mero ideal estético de elegância jurídica, mas a garantia de que cada cidadão será tratado com igual consideração e respeito, recebendo do Estado um julgamento que honre o passado democrático e projete um futuro de estabilidade e segurança jurídica.

4.3 INTERPRETAÇÃO CONCEITUAL COMO RESPOSTA JUSTA

A busca pela *única resposta correta* constitui o cerne da interpretação conceitual como garantia de justiça e deve ser o horizonte de todo magistrado criminal. Em situação aproximada – que não nos valemos de estudo e aplicação –, no âmbito do direito constitucional brasileiro, Lenio Streck (2019) constrói a ideia da Resposta Adequada à Constituição (RAC), em sua teoria da Crítica Hermenêutica do Direito (2019).[25] Tem na *decisão* sua principal preocupação, de modo que aposta em uma *teoria da decisão*. Com entendimento intermediário, critica as teorias positivistas que a deixam de lado, mas igualmente não se aproxima à imbricação entre Direito e moral a sustentar que esta corrija aquele. Por isso, nessa pesquisa, por questões óbvias, ainda que nos utilizemos de alguns argumentos de Streck, nos mantemos vinculados à Dworkin.

Ao contrário do ceticismo jurídico que enxerga o ato de julgar como uma escolha entre alternativas igualmente válidas, a hermenêutica dworkiniana sustenta que o Direito é dotado de uma unidade de valor que permite ao intérprete descobrir a solução que melhor se ajusta e justifica o ordenamento como um todo. No âmbito do Processo Penal, a interpretação conceitual não busca apenas o sentido gramatical dos textos, mas a reconstrução dos conceitos fundamentais à luz da moralidade política que os fundamenta.

Dworkin ensina que decidir não é um ato de escolha subjetiva entre alternativas igualmente válidas, mas um exercício de responsabilidade e justificação política que visa identificar o direito que a parte já possui antes mesmo da sentença. No Processo Penal, isso

---

[25] Lenio Streck explica sua construção teórica e o motivo dele entender aprimorar o que Dworkin apresenta: "A CHD é uma construção teórica que resulta da imbricação da hermenêutica de Gadamer e Heidegger (que podemos chamar de fenomenologia hermenêutica) com a teoria interpretativa de Ronald Dworkin. Faço apropriações desses autores e de suas teses. O ponto central é minha forte oposição a qualquer relativismo interpretativo; crítico fortemente o pamprincipiologismo; faço uma forte oposição às teorias objetivistas e subjetivistas (o que quer dizer, de um modo mais simples, que afasto tanto o literalismo na interpretação quanto qualquer postura voluntarista) e defendo a tese de que decidir não é um ato de escolha (há um verbete sobre o conceito de VERDADE no Dicionário de Hermenêutica). Portanto, aposto em uma teoria da decisão, justamente aquilo que as teorias positivistas sempre deixaram de lado. Consequentemente, a CHD trabalha com a possibilidade de respostas corretas, que denomino de RAC (Respostas Adequadas a Constituição). [...] A CHD, nesse sentido, é uma tese que se coloca frontalmente contra o realismo jurídico. Há critérios para alcançar a RAC. A CHD também aposta em Constrangimentos Epistemológicos (há um verbete com esse título no Dicionário de Hermenêutica). A defesa de um elevado grau de autonomia do Direito é um dos pontos centrais da CHD, com o que afasto as possibilidades de que juízos morais possam corrigir o Direito, o que não quer dizer, por óbvio, que defendo a separação entre Direito e moral. Afinal, a CHD é uma teoria não-positivista. Este talvez seja um ponto central da CHD: o Direito está indissociavelmente entrelaçado com a moral, com a política e com a economia. Seu processo de formação inexoravelmente envolve essa conjuminação, enfim, essa cooriginariedade. No entanto, em um segundo momento, o Direito não pode ser corrigido por juízos morais. A pergunta que faço por meio da CHD é: se a moral corrige o Direito, quem corrigirá a moral? Eis a complexidade: qual é o conceito de Direito? Um ponto para entender essa problemática do papel do juiz é perceber o modo como a CHD se apropria desses autores (Gadamer, Heidegger e Dworkin - mormente esses). Nesse sentido, basta ver a importância do que diz Dworkin: juiz julga elaborando argumentos de princípio e não por argumento de política(s)" (Streck, 2019, p. 23).

significa que o juiz não "cria" a norma para o caso, mas a "reconstrói" a partir dos princípios de justiça e equidade que justificam o sistema como um todo. A distinção fundamental aqui operada é entre conceitos criteriais e conceitos interpretativos. Enquanto os primeiros dependem de definições biológicas ou convenções fixas, os conceitos jurídicos — como "racismo", “gênero”, "dignidade" ou "justo" — exigem que o intérprete mergulhe nas camadas valorativas do sistema para extrair sua forma moralmente superior:

> Os juízes que têm diante de si uma lei precisam interpretar a ‘verdadeira’ lei - uma afirmação de que diferenças a lei estabelece para os direitos de diferentes pessoas - a partir do texto da compilação de leis. Assim como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer o mesmo com relação às leis. Isso pode parecer evidente quando as palavras contidas nas compilações sofrem da mesma deficiência semântica; quando são ambíguas ou vagas, por exemplo. Mas uma teoria da legislação também se faz necessária quando, do ponto de vista linguístico, essas palavras são impecáveis (Dworkin, 1999, p. 22).

O julgamento da ADO n.º 26 pelo Supremo Tribunal Federal é o exemplo paradigmático dessa técnica: ao reconstruir o conceito de racismo para incluir homofobia e transfobia, a Corte não criou uma regra penal (o que violaria a reserva legal), mas revelou que a integridade do sistema exige a proteção de minorias vulneráveis contra ideologias de inferiorização, independentemente da base biológica da discriminação. Distinguiu fundamentalmente os conceitos criteriais e literais dos conceitos interpretativos para buscar a “verdadeira lei”. No caso, o STF identificou que o valor subjacente à criminalização do racismo é a proteção da dignidade humana contra práticas que neguem a humanidade de grupos. A partir desse valor, revisou-se o conceito para julgar abrangida a homofobia e transfobia. Conceitos interpretativos exigem que o intérprete identifique os valores morais que justificam a prática social correspondente.

A interpretação conceitual diferencia-se do literalismo gramatical ao reconhecer que termos como "racismo" ou "dignidade" não são conceitos naturais ou criterialistas, mas conceitos interpretativos que exigem que o intérprete mergulhe na moralidade política para extrair sua melhor forma. Como evidenciado na ADO n.º 26, a resposta justa não foi encontrada na biologia das raças, mas na reconstrução do conceito de racismo à luz do valor moral da igualdade e da proteção de minorias vulneráveis. Essa abordagem revela que o Direito é um ramo da moral política, exigindo que o juiz recuse o solipsismo e fundamente sua decisão em um parâmetro intersubjetivo que possa ser controlado pela comunidade de princípios.

Mesmo que a ADO n.º 26 seja o único caso ora analisado, ela legitima a hipótese central desta dissertação: a teoria da interpretação conceitual de Ronald Dworkin pode ser

aplicada ao Sistema Penal brasileiro, oferecendo instrumental analítico superior para resolução de casos difíceis, desde que respeitados os limites impostos pela separação dos poderes, legalidade penal e pela tradição jurídica brasileira. A ADO n.º 26 constitui caso difícil paradigmático que evidencia os limites das teorias tradicionais de interpretação. A multiplicidade de métodos aplicados (conforme, evolutiva, sistemática, teleológica) e a ausência de hierarquia clara entre eles demonstram a insuficiência das abordagens formalistas. A decisão majoritária, embora não cite Dworkin expressamente, aplica implicitamente sua teoria: busca coerência (integridade), ancora-se na prática existente (*fit*), justifica-se moralmente (*justification*) e protege direitos de minorias (*rights as trumps*). Os votos divergentes, ao contrário, adotam postura formalista incompatível com a teoria dworkiniana.

A decisão demonstra que, implicitamente, o Supremo Tribunal Federal já aplica elementos centrais da teoria dworkiniana. Todavia, a análise sugere que a aplicação explícita da interpretação conceitual poderia aprimorar a fundamentação e ter oferecido maior transparência e racionalidade à decisão, tornando-a mais transparente os parâmetros de controle (*fit* + *justification*) e demonstrando que a escolha não foi arbitrária, mas justificada por princípios que conferem integridade ao Direito brasileiro.

A adoção explícita do interpretativismo dworkiniano no cenário jurídico brasileiro, mormente em face da complexa jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, inaugura uma era de maior transparência argumentativa ao exigir que o magistrado externe suas escolhas principiológicas em vez de se escudar na retórica de que estaria meramente "descobrindo" um sentido oculto ou latente na norma. Ao abandonar essa ficção, a prática judicial submete-se a um controle racional rigoroso, viabilizado pelas dimensões de adequação (*fit*) e justificação (*justification*), que obrigam a decisão a ajustar-se à história institucional da prática jurídica e a apresentá-la sob sua melhor luz moral. Esse mecanismo atua como um autêntico filtro contra o decisionismo e o solipsismo judicial — fenômeno no qual o juiz atua como o "dono dos sentidos", decidindo conforme sua consciência isolada —, garantindo que o Direito fale com uma só voz e mantenha sua integridade sistêmica. Sob essa ótica, a legitimidade democrática é reforçada, pois o julgamento deixa de ser um ato volitivo arbitrário para se fundamentar em princípios públicos e intersubjetivos reconhecidos pela comunidade política, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, tratando os direitos fundamentais como trunfos oponíveis a maiorias ocasionais ou omissões legislativas.

Por outro lado, a transposição dessa teoria para um sistema de *Civil Law* semelhante ao brasileiro, não está isenta de desafios dogmáticos e estruturais com críticas, especialmente no que tange ao risco de enfraquecimento da segurança jurídica pela substituição da

previsibilidade calcada na regra legislada pela criatividade interpretativa. A exigência do arquétipo do "Juiz Hércules", imbuído de uma capacidade sobre-humana para reconstruir a totalidade do sistema jurídico antes de cada decisão, esbarra na realidade pragmática de um Judiciário assoberbado, podendo degenerar no que a Crítica Hermenêutica do Direito denomina "pan-principiologismo" — a proliferação de standards valorativos sem densidade deontológica criados para satisfazer preferências subjetivas. Ademais, persiste uma tensão estrutural com a tradição romano-germânica, que prima pela supremacia da lei e pela separação de poderes, de sorte que a aplicação da "melhor luz" dworkiniana deve sempre curvar-se aos limites rígidos da estrita legalidade penal e da taxatividade, impedindo que a interpretação construtiva se converta em um instrumento de expansão imprevisível do poder punitivo estatal.

Nesse horizonte, a interpretação conceitual rechaça o solipsismo judicial. Como ensina Streck (2019), inspirado pela metáfora machadiana do "canário", o juiz que interpreta o Direito apenas a partir de sua "gaiola" subjetiva fere o princípio democrático, pois substitui a linguagem pública do Direito por uma linguagem privada. A resposta correta não é uma verdade absoluta de cunho metafísico, mas a conclusão argumentativa mais robusta que o sistema pode oferecer em um determinado momento histórico, garantindo a cadeia de custódia da justiça.

No Direito Processual Penal, a interpretação conceitual como resposta justa implica que o magistrado deve tratar as regras processuais como a materialização de princípios deontológicos, e não como meros enunciados performativos ou estratégicos. A integridade exige, por exemplo, que a nulidade de uma prova ilícita seja declarada não por um formalismo vazio, mas porque o conceito de Estado de Direito é incompatível com o aproveitamento de atos que violem a dignidade humana. A resposta justa é aquela que preserva o equilíbrio entre a pretensão punitiva e os direitos do acusado, reconhecendo que estes últimos funcionam como limites intransponíveis à eficiência utilitarista.

O interpretativismo conceitual oferece ao jurisdicionado o direito fundamental de não ser submetido ao arbítrio de uma "justiça *à la carte*" (Lopes Jr., 2020), mas a um julgamento que trate a Constituição como um documento íntegro e vivo. A teoria da Resposta Adequada à Constituição (RAC), talhada por Streck, talvez seja a única saída democrática para superar o emotivismo e o decisionismo (impregnados de abordagens, propostas e métodos distintos) que grassam nos tribunais, assegurando que a liberdade do indivíduo seja decidida por princípios universais de justiça e não pela conveniência política do momento que macula inclusive a técnica de interpretação conforme:

> Se não é possível um consenso em uma sociedade dominada pelo emotivismo, se há uma rejeição à objetividade moral domina a raiz dos desacordos, a resposta, objetiva, deve vir a partir da objetividade da tradição do próprio Direito. Vivemos em tempos nos quais o pluralismo tornou-se um relativismo raso que permite que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Um pesadelo para um ouriço como Dworkin, que visualizava um Direito capaz de prover aos cidadãos respostas institucionalmente justas, justamente institucionais, equânimes, íntegras, e dentro da ordem constitucional, observados os limites semânticos e as possibilidades interpretativas do texto (Streck, 2019, p. 87).

A "resposta justa", portanto, é aquela que resulta da referida ascensão justificadora. O magistrado criminal, ao enfrentar um caso difícil, deve abandonar a postura do "juiz-boca-da-lei" (que se limita à exegese literal insuficiente) e a do "juiz-dono-da-lei" (que decide conforme sua consciência solipsista) para assumir o papel de mediador da tradição (Streck, 2019). A resposta justa exige que a decisão se harmonize com o conjunto de princípios que a comunidade reconhece como válidos, tratando o Direito como um fenômeno intersubjetivo que não está à disposição da vontade do julgador. A resposta correta não é um achado mecânico, mas o resultado de um esforço hercúleo para manter o sistema jurídico íntegro, assegurando que cada decisão seja um capítulo fiel à história democrática do país e um compromisso inegociável com a justiça substantiva.

A Resposta Adequada à Constituição (RAC), pilar da Crítica Hermenêutica do Direito, não projeta a substituição ou supressão do interpretativismo dworkiniano, mas a sua “tradução” para a realidade do *Civil Law* brasileiro, contra o decisionismo. Enquanto a proposição de Ronald Dworkin exige que a prática jurídica seja interpretada sob sua melhor luz moral para garantir a integridade e o romance em cadeia do sistema, Lenio Streck canaliza essa exigência para uma vinculação normativa ao texto constitucional, com objetivo de rechaçar o solipsismo judicial. O ato de decidir deixa de ser um ato de escolha baseada na consciência psicologista para tornar-se um exercício de responsabilidade política e moral, no qual a validade da decisão é aferida pelo seu ajuste à história institucional e pela proteção dos direitos fundamentais como autênticos trunfos. A RAC e a integridade dworkiniana convergem ao exigir que a interpretação criminal (função atribuída à magistratura) abandone o arbítrio da discricionariedade forte e se curve à autoridade dos princípios públicos e padrões deontológicos controláveis que estruturam a moralidade do processo penal.

Pode-se concluir que a Resposta Adequada à Constituição, pelo método da interpretação construtiva e conceitual, garante que o cidadão seja julgado com o filtro da Constituição e se apresenta como um direito fundamental do jurisdicionado. O direito de não ser submetido ao "chute" ou à intuição do julgador, mas a um julgamento que trate a lei fundamental como um documento impositivo, vivo e íntegro, transcendendo as preferências

subjetivas do intérprete em prol da estabilidade e coerência do ordenamento democrático. O Sistema Jurídico Penal – integrante do conceito de Direito como Interpretação –, deixa de ser um instrumento de poder que persegue e pune para se tornar um autêntico fórum de garantias e princípios, em que a persecução estatal só é legítima quando representa a fiel aplicação integradora da história moral e jurisdicional do Direito.

5 CONCLUSÃO

O Direito como *interpretação* exige que o juiz se comprometa com a coerência vertical e horizontal no ordenamento e supere o *saber nenhum*, de modo que seja capaz de ultrapassar o conhecimento raso, a reprodução automática de textos legais e os resumos simplificados que esvaziam a complexidade jurídica. A interpretação conceitual dworkiniana, ao elevar o tom da discussão para uma hermenêutica jurídica filosófica, reafirma que a justiça no processo criminal só é alcançada quando o magistrado atua como um servo da integridade, garantindo que a punição estatal, se houver, seja a emanação fiel dos princípios constitutivos da democracia brasileira.

A presente dissertação partiu de uma questão fundamental: se a teoria da interpretação conceitual de Ronald Dworkin pode ser aplicada no Sistema Jurídico Penal brasileiro, especialmente para a solução de casos difíceis e complexos de repercussão geral, e em que medida essa teoria se relaciona com os métodos interpretativos já consagrados no ordenamento pátrio. A hipótese inicial sustentava que a interpretação conceitual não apenas se assemelhava, mas poderia complementar e abranger os métodos da interpretação conforme, literal, gramatical, teleológica e progressista, revelando-se a resposta mais adequada para os hard cases penais.

A pesquisa examinou as práticas interpretativas no Brasil, focando na tensão entre a eficiência punitiva do Estado e as garantias individuais. Também abordou a adaptação dos conceitos de Dworkin, como o Juiz Hércules e o romance em cadeia, ao sistema *civil law*. Apesar das diferenças entre sistemas legais, utiliza-se a teoria de interpretação de Ronald Dworkin como base analítica, por apresentar a resposta mais adequada para aplicação legislativa. O percurso argumentativo desenvolvido nos capítulos centrais buscou testar essa hipótese à luz da doutrina processual penal brasileira, da teoria dworkiniana e de um estudo de caso concreto de repercussão nacional e com efeito normativo-vinculante pela criminalização de conduta.

O primeiro capítulo examinou a interpretação jurídica no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, destacando os fundamentos constitucionais, os princípios limitadores do *ius puniendi*, a função do juiz como intérprete e os métodos clássicos de interpretação (literal, gramatical, teleológica, progressista, conforme). A análise demonstrou que, embora o ordenamento brasileiro disponha de um rico repertório hermenêutico, a discricionariedade judicial – sobretudo em casos difíceis – permanece um problema não resolvido pela dogmática tradicional, de maneira que não é resolvida pela análise tecnicista e pragmática. A ADO nº 26,

que criminalizou a homotransfobia, ilustrou como um *hard case* pode exigir do intérprete mais do que a mera subsunção a regras, demandando uma fundamentação coerente com os princípios constitucionais penais e aos precedentes da própria Corte Constitucional.

O segundo capítulo dedicou-se aos fundamentos da teoria interpretativa de Ronald Dworkin, percorrendo os conceitos de interpretacionismo, Direito como Integridade, resposta correta, discricionariedade forte e fraca, e a figura do Juiz Hércules. Ficou evidenciado que Dworkin propõe uma interpretação construtiva que não se confunde com o ativismo judicial: ela exige que o juiz construa a melhor justificação possível do direito a partir da história institucional e dos princípios gerais que lhe conferem integridade. A interpretação conceitual, nesse quadro, é o método pelo qual o juiz alcança a resposta mais coerente com o sistema jurídico íntegro e integrado, atribuindo sentido e efeito às palavras conforme o todo que lhes rodeia, intenção e ponto de interpretação.

O terceiro capítulo realizou o encontro entre as duas tradições: aplicou a ótica dworkiniana ao Direito e Sistema Jurídico Penal brasileiro, tomando a ADO nº 26 como campo de ilustração prática e dogmática. A análise demonstrou que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a omissão do Poder Legislativo como inconstitucional e aplicar uma releitura da Lei de Racismo com reinterpretação do conceito *raça*, operou segundo uma lógica que se alinha à interpretação conceitual: considerou os princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da vedação à discriminação, como vetores que orientam a integração do sistema e não como meras normas programáticas. No entendimento do Tribunal, esses princípios são moralmente justificáveis e tem aplicação assegurada pela adequação (*fit and justification*), em detrimento das vedações principiológicas penais de expansão de significados/conceitos e de criminalização por jurisprudência (uso de precedentes fortes). O capítulo também identificou os limites dessa aplicação: a sobrecarga do Judiciário, as diferenças estruturais entre *common law* e *civil law* e a rigidez do princípio da legalidade penal, que impõe restrições à criatividade judicial.

Com base nesse percurso, é possível responder que hipótese de pesquisa foi confirmada parcialmente. A interpretação conceitual dworkiniana não substitui os métodos clássicos de interpretação (literal, gramatical, teleológica, progressista), mas os complementa, norteia e abrange as técnicas na sua melhor forma, unificando-as. Ela oferece um critério superior de justificação: o juiz, ao decidir um *hard case*, não pode limitar-se a aplicar uma regra isolada, mas deve construir a solução que melhor realize a integridade do direito – o que, na prática, significa que a interpretação conforme a Constituição, a teleologia e a progressividade são instrumentos que ganham coerência quando inseridos no quadro teórico dworkiniano. A

interpretação conceitual não elimina a discricionariedade, mas a reduz ao exigir que o intérprete apresente uma justificação baseada em princípios, vinculando-a a elementos pré-existentes e verificáveis pelo encadeamento das decisões anteriores, e não em preferências pessoais. No caso concreto da ADO nº 26, a decisão do STF confirmou que é possível, no âmbito do Direito Penal brasileiro, alcançar uma resposta juridicamente fundada para um caso complexo sem recorrer a ativismos desmedidos, ao se abastecer de precedente robusto e dotado de análise moral e principiológica que fornecera sentido coerente para a legislação sancionatória.

As principais contribuições desta dissertação podem ser assim sistematizadas:

1. A interpretação conceitual como metateoria hermenêutica: ela não compete com os métodos tradicionais, mas os organiza sob um princípio unificador – a integridade do direito. Isso permite ao juiz penal, diante de um hard case, combinar a literalidade do texto com a finalidade da norma e a evolução social, desde que a solução seja a que melhor se coadune com a história e "romance" institucional do sistema.
2. Ilustração prática e dogmática por meio da ADO nº 26: o estudo demonstrou que a técnica da interpretação conforme a Constituição, amplamente utilizada pelo STF, é, em essência, uma aplicação do que Dworkin chama de interpretação construtiva. A decisão de criminalizar a homofobia e a transfobia a partir de princípios constitucionais e releitura do conceito de *raça*, seguiu a lógica dworkiniana de buscar a melhor resposta à luz do direito como integridade.
3. Mitigação da discricionariedade forte: a teoria dworkiniana, ao exigir que o juiz fundamente sua decisão nos princípios gerais e específicos que justificam o sistema como um todo, oferece um antídoto ao ativismo judicial desmedido, evitando a criação ou motivação não vinculada. No Processo Penal, em que estão em jogo direitos fundamentais, essa contenção é particularmente relevante, pois é permitida a motivação conforme convicções particulares, desde que fundadas nos elementos do caso concreto, da legislação, em precedentes e integração da norma penal e processual penal com princípios.
4. O Juiz Hércules como horizonte regulador: a figura do juiz ideal não é um modelo utópico, mas um parâmetro crítico contra o qual a atuação judicial real pode ser avaliada. Ela lembra que, mesmo em um sistema de *civil law*, o juiz não é mera boca da lei, mas um intérprete que deve agir com integridade e responsabilidade.

É necessário, contudo, reconhecer as limitações e desafios identificados ao longo da pesquisa. Em primeiro lugar, a ADO nº 26 é um caso paradigmático, mas não representa a totalidade dos *hard cases* penais. Crimes hediondos, progressão de regime, direitos de presos e

questões probatórias complexas podem exigir adaptações da teoria. Em segundo lugar, a tradição do *civil law* brasileiro, com seu apego ao princípio da legalidade penal estrita, impõe restrições que a teoria dworkiniana, originária do *common law*, precisa enfrentar. A interpretação conceitual não pode justificar a criação judicial de tipos penais, mas pode orientar a aplicação de normas abertas, como cláusulas gerais e princípios. Em terceiro lugar, a sobrecarga do Judiciário e a cultura jurídica predominante, ainda marcada pelo positivismo formalista, dificultam a adoção generalizada de um modelo hermenêutico que exige alto grau de reflexão e fundamentação.

Apesar desses limites, a pesquisa aponta implicações promissoras. A teoria dworkiniana pode contribuir para a formação de um Processo Penal democrático e constitucional, no qual a atuação do juiz não se restrinja à subsunção, mas se abra à integridade do sistema. A técnica da Resposta Adequada à Constituição (RAC) que através da hermenêutica jurídica aperfeiçoa o método de interpretação conforme a Constituição, ambientando-o ao interpretativismo de Ronald Dworkin, já é um primeiro passo nessa direção e vem sendo defendida por estudiosos do Direito como Interpretação.

A interpretação jurídica no Direito Penal brasileiro enfrenta uma crise de fundamentação, decorrente da ausência de uma teoria macro interpretativa que confira unidade e segurança jurídica às decisões judiciais. A tensão constante entre a eficiência punitiva do Estado e a salvaguarda das garantias fundamentais revela um cenário de fragmentação, onde o "decisionismo" e o subjetivismo do julgador frequentemente sobrepõem-se à integridade do sistema. A investigação permitiu concluir que a teoria interpretativista de Ronald Dworkin apresenta-se não como um método a substituir os já existentes, mas como um fio condutor principiológico capaz de nortear a aplicação do Direito sob sua "melhor luz". A pesquisa demonstrou que a utilização da teoria dworkiniana no sistema brasileiro é viável e necessária, especialmente ao alinhar o Direito como Integridade à técnica da "interpretação conforme a Constituição".

Não se pode afirmar que a interpretação conceitual oferece a resposta definitiva para todos os problemas hermenêuticos do Processo Penal brasileiro. O que se demonstrou, com fundamento na argumentação desenvolvida, é que ela oferece uma resposta promissora e consistente – a melhor e mais correta resposta. Ao exigir que o intérprete construa a melhor justificação possível a partir dos princípios que dão integridade ao direito, a teoria dworkiniana fornece um padrão de racionalidade que supera as insuficiências dos métodos isolados e reduz o espaço de arbítrio judicial. Em um sistema penal que lida com a liberdade e a dignidade das pessoas, essa exigência de coerência e fundamentação não é apenas desejável, é imprescindível.

A hermenêutica de Dworkin oferece o suporte necessário para uma "filtragem constitucional" efetiva, promovendo a segurança jurídica e a estabilidade decisória sem cair no formalismo mecânico ou no decisionismo solipsista. Embora desafios como a sobrecarga do Judiciário e as distinções culturais entre tradições jurídicas persistam, a adoção do interpretativismo consolida o Processo Penal como um autêntico instrumento de garantia da liberdade e da dignidade humana.

Por fim, a investigação aqui realizada não encerra o debate, mas abre caminho para que a hermenêutica jurídica brasileira, já dotada de sofisticados instrumentos interpretativos, incorpore de forma consciente e sistemática a ideia de que o Direito é uma prática social argumentativa, cuja integridade é garantida pela atuação de juízes comprometidos com a melhor interpretação possível. O Direito como interpretação, com uma única resposta integradora. Como ensina Dworkin, o Direito como integridade não é um dado, mas uma tarefa. Esta dissertação demonstrou que, no Sistema Jurídico Penal brasileiro, essa tarefa é possível e necessária.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Há um procedimento capaz de garantir regularidade e segurança às decisões judiciais? In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin:** direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Direito, moral e liberdade em Ronald Dworkin. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

ALMEIDA, Danilo dos Santos. Crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição***:* fundamentos de uma dogmática constitucional renovada. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal***:* parte geral 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Impetrante: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça da União: seção 1, Brasília, DF, 19 mar. 2004. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452. Acesso em: 13 out. 2026.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, 13 out. 1941, p. 19699. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 6 mar. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF. Requerente: Cidadania (antigo PPS). Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 13 jun. 2019. **Diário de Justiça eletrônico** n° 194, divulgação em 05 out. 2020, publicação em 06 out. 2020. Brasília, DF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 6 mar. 2026.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários Consolidados & Crítica Jurisprudencial; 9ª ed.; Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DWORKIN, Ronald **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e porco-espinho**: justiça e valor. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito). Título original: *Taking Rights Seriously*. ISBN 85-336-1513-2.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**; tradução Nelson Boeria. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, selo Martins, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, selo Martins, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e porco-espinho**: justiça e valor; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

FREIRE, Alonso. Ronald Dworkin e a intergridade cosmopolita do Direito. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRAU, Eros Roberto, **Porque tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIN, Jeferson Dytz; RAMOS NETO, Nelson Gularte. O direito como integridade, a coerência e a responsabilidade política: os alicerces da teoria dworkiniana da decisão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 5, n. 1, p. 1059-1089, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSSI, Júlio Cesar. Princípios e precedentes: como a teoria interpretativista de Ronald Dworkin contribuiu para uma efetiva teoria da decisão judicial. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto?, 1).

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: hermenêutica.** 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. E-book.

TOSCHI, Aline Seabra. Combate à corrupção e normatividade constitucional na prisão em segunda instância e na limitação da prerrogativa de foro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 324, p. 25–27, 2019. Disponível em:

https://www.publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/2326. Acesso em: 23 maio. 2026.

VIANA, Ulisses Schwarz. O direito no pensamento de Dworkin. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.