

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

DANIEL SOUZA SCHMIDT

**REGRAS E PRINCÍPIOS: A SUBJETIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO E A
COERÊNCIA DO DIREITO SOB O PRISMA DE RONALD DWORKIN**

Caxias do Sul

2020

DANIEL SOUZA SCHMIDT

**REGRAS E PRINCÍPIOS: A SUBJETIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO E A
COERÊNCIA DO DIREITO SOB O PRISMA DE RONALD DWORKIN**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Direito da
Universidade de Caxias do Sul, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Me. Moisés João Rech.

Caxias do Sul

2020

DANIEL SOUZA SCHMIDT

**REGRAS E PRINCÍPIOS: A SUBJETIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO E A
COERÊNCIA DO DIREITO SOB O PRISMA DE RONALD DWORKIN**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado no Curso de Direito da
Universidade de Caxias do Sul, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em 11/12/2020.

Banca Examinadora

Professor Orientador: Me. Moisés João Rech
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor Convidado:
Vera Lúcia Steiner - UCS

Professor Convidado:
Patrícia Montemezzo – UCS

RESUMO

O presente trabalho discute a Teoria do Direito em Ronald Dworkin num viés dos princípios como dados fundamentais para a validade do sistema jurídico pensando na coerência de todo o Direito e não só das regras entre si, num sentido de direito positivo. O escopo do trabalho se dá em analisar o impacto da teoria de Ronald Dworkin no que diz respeito à hermenêutica, coerência e razoabilidade do nosso sistema jurídico. Sendo assim, veremos as diferenças entre o positivismo e pós-positivismo no século XIX e XX, conceituaremos os institutos jurídicos das regras e princípios, bem como, uma análise acerca das teorias de Dworkin sobre a integridade do ordenamento jurídico e sua coerência.

Palavras-chaves: Positivismo, Pós-Positivismo, Regras e Princípios, Teoria do Direito, Ronald Dworkin.

“É minha visão, de fato, que o Direito é em grande parte filosofia.”

Ronald Dworkin.

“O ignorante afirma, o sábio duvida, o sensato reflete.”

Aristóteles.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	Erro! Indicador não definido.
1. O POSITIVISMO DO SÉCULO XX.....	7
1.1. BASES FILOSÓFICAS DO POSITIVISMO	7
1.2. O POSITIVISMO DE HANS KELSEN	10
1.3. O POSITIVISMO DE HERBERT HART.....	16
2. O PÓS-POSITIVISMO	22
2.1. PÓS-POSITIVISMO X POSITIVISMO.....	22
2.2. RONALD DWORKIN EM FACE DO PÓS-POSITIVISMO	27
3. TEORIA DO DIREITO EM DONALD DWORKIN	30
3.1. REGRAS E PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN.....	31
3.2. A TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN	36
3.3. A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUA VALIDADE FRENTE À COERÊNCIA.	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	48

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O positivismo, apoiado na ideia do sistema composto exclusivamente por regras, não via alternativa para o suprimento das lacunas senão o recurso à decisão tomada discricionariamente. Em vista disso, com o advento do Pós-Positivismo iniciou-se o desenvolvimento da teoria dos princípios e sua descoberta no universo jurídico. Assim, fortificou-se a discussão acerca da questão das lacunas no ordenamento jurídico.

Por isso, a formulação do problema objeto deste trabalho se deu em virtude da permanente discussão acerca da coerência do nosso ordenamento, sendo formulado da seguinte forma: Como chegar a um ponto de coerência fazendo uma interpretação analítica dos nossos dispositivos legais, bem como solucionamos as lacunas do ordenamento jurídico e sustentamos nosso sistema com validação em sua completude?

A hipótese, por sua vez, trata de que nosso sistema jurídico precisa dos princípios para se desenvolver em sua integralidade, formando uma capacidade interpretativa dos aplicadores do direito para que o ordenamento siga em evolução perante as mudanças das regras normatizadas da sociedade, tendo como embasamento justamente seus princípios.

Dessa maneira, adentramos na teoria de Dworkin para analisarmos a problematização das lacunas no nosso ordenamento, bem como a questão hermenêutica do direito e sua validação perante os objetivos políticos e democráticos da nossa sociedade.

1. O POSITIVISMO DO SÉCULO XX

Este capítulo tem como objetivo principal a busca pelas bases do positivismo, o qual foi uma corrente filosófica que surgiu na França no começo do século XIX. Os principais idealizadores do positivismo foram os pensadores Auguste Comte e John Stuart Mill. Esta escola filosófica ganhou força na Europa na segunda metade do século XIX e começo do XX. É um conceito que possui distintos significados, englobando tanto perspectivas filosóficas e científicas do século XIX quanto outras do século XX.

O positivismo defende a ideia de que o conhecimento científico é a única forma de conhecimento verdadeiro. De acordo com os positivistas somente pode-se afirmar que uma teoria é correta se ela foi comprovada através de métodos científicos válidos. Os positivistas não consideram os conhecimentos ligados a crenças, superstição ou qualquer outro que não possa ser comprovado cientificamente. Para eles, o progresso da humanidade depende exclusivamente dos avanços científicos.

1.1. BASES FILOSÓFICAS DO POSITIVISMO

Para Auguste Comte, um dos principais idealizadores do positivismo, o mesmo se trata de uma doutrina filosófica, sociológica e política. Surgiu como desenvolvimento sociológico do iluminismo, das crises social e moral do fim da Idade Média e do nascimento da sociedade industrial. Basicamente, ele propõe à existência humana valores completamente humanos, afastando radicalmente a teologia e a metafísica.

Em vista disso, trataremos do positivismo jurídico, na obra *A ciência do direito*, Ferraz Jr. elucida acerca do assunto:

O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por 'ciência positiva' *coordination de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os

fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica.¹

Agregando ao assunto, Bittar e Almeida também trazem características do positivismo, na obra *Curso de Filosofia*, vejamos:

É a colocação da realidade fática como único objeto merecedor de consideração por parte da Ciência Jurídica que faz com que a razão de ser do positivismo jurídico reduza-se à compreensão da norma e do sistema jurídico no qual ela está inserida. De fato, será o reducionismo uma característica fundamental dos positivistas.²

Norberto Bobbio em sua obra *O positivismo jurídico*, apresenta a Escola Analítica, semelhante à Escola da Exegese com surgimento na Inglaterra. Seu principal representante é o inglês John Austin (1790-1859) que define o Direito positivo como aquele direito emanado diretamente dos soberanos, vejamos:

Toda lei positiva, ou bem toda lei simples e estritamente dita, é posta por uma pessoa soberana ou por um corpo de soberano de pessoas a um ou mais membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou esse corpo é soberano ou supremo. Ou, em outras palavras, essa lei é posta por um monarca ou grupo soberano a uma ou mais pessoas em estado de sujeição frente a seu autor.³

Segundo Bittar e Almeida, Austin distingue o Direito positivo da moralidade humana. Sendo que:

A moralidade humana constituída de: (1) leis que normatizam a vida dos homens no estado de natureza; (2) leis que coordenam as relações entre os Estados (Direito internacional); e (3) leis das “pequenas associações” (família, corporação, sociedades comerciais) difere-se do Direito positivo, pois suas leis não são emanadas de um comando soberano.⁴

Roger Aguiar condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos

¹ FERRAZ JR. **A ciência do direito**, São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 424.

³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, trad. Márcio Pugliesi, comp. Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995, p. 88.

⁴ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 427.

e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”. E qual era o reclamo da sociedade: a limitação do soberano, a imposição de balizas às suas arbitrariedades.⁵

A lei passa a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, soberania essa que é considerada o fundamento central para a criação dos Estados modernos. “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular ganha espaço”.⁶

A representação política, nesse contexto, “tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo”⁷. A titularidade do poder passa a ser atribuída ao povo, mas para o seu exercício era necessária à delegação desse poder aos seus representantes, os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular – a lei. Esse pensamento foi imortalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789, o qual dispunha que a lei “é a expressão da vontade geral”. E continuava: “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.

Seguindo o entendimento o raciocínio de Luís Roberto Barroso acerca do Positivismo:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da

⁵ AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004, p. 146.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 113.

realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.⁸

1.2. O POSITIVISMO DE HANS KELSEN

A Teoria pura do direito de Hans Kelsen é uma postulação da cientificidade do direito. Reputa sua teoria por pura em razão de não tratar dos dados concretos da realidade jurídica, que são parciais e não dão conta de explicar a estrutura formal do direito. A ciência do direito não será, para Kelsen, uma sociologia do direito, nem tampouco uma filosofia do direito. Não é especulativa nem empírica no sentido de atrelada a fatos. A teoria pura do direito é normativa: o entendimento normativo ilumina juridicamente os fatos. Por isso, a ciência do direito é uma ciência técnica, lastreada numa apreensão em segundo grau dos fatos. O fato somente é considerado cientificamente para o direito enquanto iluminado por um sentido normativo.

Hans Kelsen dispõe sobre o Direito Positivo: “Devem ser prescrições impostas por seres humanos, quer por meio de atos de vontade explícitos, quer mediante costumes e não, portanto, através de regras atribuídas a autoridades sobre-humanas, como Deus ou a natureza”⁹. Tal citação refere-se ao Jus naturalismo onde os princípios eram encarados como valores superiores, eternos, uniformes, permanentes e imutáveis. Ou seja, percebidos de uma forma abstrata e metafísica, carecendo de normatividade, servindo, unicamente, como um norte valorativo a seguir-se. Ainda, expõe que:

Devem ser prescrições estabelecidas para os seres humanos, isto é, destinado a eles. Para esboçar preliminarmente essa destinação a seres humanos, diríamos que abrange, enquanto estabelece uma determinada conduta – dispondo, habitualmente, de força coercitiva organizada – ou os habilita para determinados atos.¹⁰

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.

⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

¹⁰ Idem.

Dessa forma, Kelsen entende que a maneira de entender essas regras é o da teoria da dogmática, ou seja, devem ser vistas como normas. Para constituir a Teoria da Dogmática pode-se dizer que a Teoria Pura do Direito considera, normativamente, as regras efetivas, impostas por homens para homens, sendo assim, regem dispositivos de dever ser, como normas.

Kelsen descreve que a escolha pelo positivismo gera consequências, vejamos uma passagem da obra:

Subentende-se que, em todos os enunciados, só pode tratar-se desse sistema de normas. Unicamente este deve ser descrito. Em consequência, toda mistura com outros sistemas normativos (moral, direito natural) será excluída. Da descrição do direito positivo devem ser rigorosamente diferenciados os problemas relativos a sua origem histórica, efeitos sociais e valoração moral.¹¹

Demonstra-se assim que no positivismo as regras e a interpretação das normas jurídicas não é um processo de extração da sua verdade lógica. Neste sistema jurídico, impera a interpretação que a autoridade competente tenha dado, e que, portanto, vincula a si todos os sujeitos e fatos, esse sistema procura definir o direito separado da relação com a moral. Para o positivismo jurídico, o direito vale independentemente do conteúdo que ele regulamenta. O critério para aferição de sua validade é a sua adequação a determinados procedimentos formais previstos pelo próprio ordenamento jurídico.

Assevera-se que a Teoria de Kelsen não se trata de uma teoria de uma ou de várias ordens jurídicas determinadas, tendo como característica sua generalidade perante as diversas ordens jurídicas, podendo ter diferentes utilidades. Kelsen afirma que sua teoria se diferencia da tradição do positivismo jurídico estatal, bem como do positivismo filosófico e do neopositivismo do círculo de Viena, conceituando sua Teoria da seguinte forma: “Sem dúvida, a Teoria Pura do Direito liga-se ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica”.¹²

¹¹ KELSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

¹² Idem., p. 43.

Para ele, o direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da moral. As fontes do Direito devem ser buscadas apenas no próprio Direito, não levando em consideração fontes que não são jurídicas, como hábitos e costumes e valores disseminados socialmente. Optando por um estudo do direito desprovido de valores, tendo a moral papel extrínseco ao ordenamento jurídico.

Kelsen apresenta as normas de forma geral como “o sentido de um ato de vontade, mas é preciso diferenciar estritamente este sentido do dever ser e o ato de efetivo de vontade. O ato de vontade reside na esfera do ser, seu significado na esfera do dever ser”.¹³

Contudo, nem todas as normas que se adotam são normas jurídicas, devendo ser observado que as normas jurídicas são normas de um sistema, ainda, há normas de moral e de costumes. Em virtude disso, as normas jurídicas caracterizam o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito e são expostas da seguinte maneira:

De certo modo, as normas coercitivas (normas de conduta) encontram-se no ponto central de um sistema jurídico, prescrevendo aos homens determinada conduta – por exemplo, não matar, pagar impostos. Conduzir do lado direito – e, no caso de uma conduta inapropriada, preveem uma pena ou uma execução. Estas normas coercitivas possuem, pois, uma parte ordenadora e uma parte sancionadora.

Um sistema jurídico, porém, não contém apenas normas coercitivas ordenadoras, mas também normas de autorização. Como se costuma dizer, o direito regula sua própria criação. Isso, na medida em que as normas de autorização chamam determinadas pessoas (por exemplo, um monarca ou um parlamentar), para criar ou derogar um direito. Essas normas podem ser denominadas produtoras de direito.¹⁴

Kelsen também introduziu uma categoria própria das normas derogativas, “normas estas que possuem, precisamente, o conteúdo para anular outra norma jurídica.”¹⁵

A teoria pura do direito, proposta por Kelsen, é, na verdade, a postulação da própria cientificidade do direito. Kelsen propugna que seu modelo de entendimento

¹³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

¹⁴ Idem., p. 48.

¹⁵ Idem.

normativo seja chamado por ciência jurídica. Reputa sua teoria por pura em razão de não tratar dos dados concretos da realidade jurídica, que são parciais e não dão conta de explicar a estrutura formal do direito.

Assim sendo, há de restar um núcleo especificamente jurídico no direito, e esse núcleo será o objeto da ciência do direito. A ciência do direito, portanto, trabalha com um método normativo e há de se debruçar sobre um objeto normativo, fazendo uma redução do todo da realidade jurídica aos limites do normativo estatal, residindo aí sua pureza.

Na obra *Curso de Filosofia do Direito*, Bittar e Almeida expõe o positivismo e normativismo de Kelsen:

As categorias do ser e do dever ser são os polos com os quais lida Hans Kelsen, para distinguir realidade e Direito, que caminham em flagrante dissintonia, em sua teoria. Mais precisamente, é com a quebra da relação ser/dever ser que pretende Hans Kelsen operar para diferir o que é jurídico (fenômeno jurídico puro) do que é não jurídico (cultural, sociológico, antropológico, ético, metafísico, religioso). A Teoria Pura do Direito propõe-se a uma análise estrutural de seu objeto, e, portanto, expurga de seu interior justiça, sociologia, origens históricas, ordens sociais determinadas etc. A ela não se defere a tarefa de empreender todo esse estudo, mas de empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico propriamente dito.¹⁶

Prosseguem relatando o pensamento de Kelsen acerca da autonomia do direito: “A autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não jurídico. Isso quer dizer que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas.”¹⁷

Sendo assim, concluem que: “(...) a própria interpretação se torna um ato, cognoscitivo (ciência do direito) ou não cognoscitivo (jurisprudência), de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica. A interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, transforma-se no ato de criação de uma norma individual. Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos, da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas.”¹⁸

¹⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 433.

¹⁷ Idem., p. 447.

¹⁸ Idem.

Em sua ótica, o conteúdo valorativo de uma norma era dado pelo legislador, não cabendo ao hermenêuta à identificação do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. O ordenamento jurídico, para ele, não contemplava uma aplicação valorativa da norma, ou qualquer pauta de correção. A questão se limitava ao aspecto de validade da lei e não de seu conteúdo. Se fosse válida, deveria ser aplicada conforme o legislador a concebeu.

Agrega nesse sentido, Luis Roberto Barroso explanando características do positivismo jurídico emanado por Kelsen:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção¹⁹

Kelsen descreve o significado da norma como esquema de interpretação: “(...) seu sentido jurídico peculiar, contém os fatos em questão, através de uma norma, que se refere ao seu conteúdo, que, por sua vez, lhe empresta significado jurídico, de modo que o ato, conforme essa norma, possa ser interpretado.”²⁰

A teoria kelseniana se apresenta com uma tendência antiideológica tendo em vista que não pretende legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto, buscando o real e possível. Nesse sentido, se trata de ciência, como direito positivo, buscando um interesse público, fornecendo ideologia, como meios para legitimação ou desqualificação à ordem social, tendo como aspiração a verdadeira ciência do direito, revelar seu objeto.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

O objetivo da Teoria Pura do Direito conforme Kelsen “é livrar, desligar totalmente o conceito de norma jurídica do conceito de norma moral da qual se origina, e assegurar a legalidade do direito também perante a lei moral.”²¹

Kelsen salienta que a eficácia do ordenamento jurídico passa por uma técnica social, vejamos:

Se o direito, porém - considerado de modo puramente positivista -, não é senão um ordenamento coercitivo exterior, só será concebido como uma técnica social específica: a condição social desejada será por isso provocada ou se procurará provocá-la, de modo que o posto da condição humana contraditória signifique um ato coercitivo (o que é a privação coercitiva de um bem: a vida, a liberdade, um valor econômico) como consequência.²²

Desta maneira, conclui que o ordenamento jurídico parte de um pressuposto de que os homens, cuja conduta ele regula, consideram esse ato coercitivo um mal que procuram evitar.²³

Kelsen argumenta que o direito, como norma, é uma realidade cultural e não natural. Por este motivo se deve distinguir entre direito e natureza e outros fenômenos espirituais, especialmente entre normas de outra espécie. Cabendo dissociar direito de outras ciências, tendo em vista que na visão de Kelsen é associado erradamente com a moral.²⁴

Nas palavras de Kelsen:

Naturalmente, não se nega, com isso, a exigência de que o direito deva ser moral, isto é, deva ser bom. Essa exigência se entende por si mesma; o que ela realmente significa, é outra questão. Repele-se somente o ponto de vista de que o direito, como elemento da moral e que o direito, como direito, em algum sentido e de algum modo, seja moral.²⁵

²¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

²² Idem., p. 91.

²³ Idem., p. 92.

²⁴ Idem., p. 77.

²⁵ Idem.

Para Kelsen: “Como categoria moral, direito significa o mesmo que justiça. Essa é a expressão para a verdadeira ordem social, ordem essa que alcança plenamente seu objetivo ao satisfazer a todos.”²⁶

Ainda, complementa afirmando que “Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele.”²⁷

1.3. O POSITIVISMO DE HERBERT HART

A descrição do positivismo por Hart que representa um dos mais importantes juristas do século XX desenvolve preciosa argumentação visando enfim conservar a salutar separação entre o direito e a moral. Desenvolvimento teórico do positivismo jurídico especialmente para a distinção entre direito e moral e sua relação com a obediência das leis.

Em seu pensamento, Hart aborda três questões recorrentes acerca da definição de o que é o direito, primeiramente consiste em que sua existência significa que certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias em certos sentidos. Segundamente surge um modo em que uma conduta pode não ser facultativa, mas obrigatória, e, finalmente, numa questão mais geral, a afirmação de um sistema jurídico consiste, em regras, quer aqueles que encontraram a chave para compreensão do direito na noção de ordens baseadas em ameaças, quer os que encontraram na sua relação com a moral ou a justiça, todos falam do direito como um conjunto de regras.²⁸

Hart trata também do direito como ordem coercitiva, descrevendo a sociedade grande e complexa do Estado moderno, o qual desempenha a função da

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 78.

²⁷ Idem, p. 80.

²⁸ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 12.

produção jurídica, mas afirma que fazer as leis difere de ordenar as pessoas que façam coisas, sendo que na verdade pode ser desejável que as leis sejam levadas à atenção daqueles a quem se aplicam. O propósito do legislador ao fazer leis seria frustrado, se tal não fosse feito com caráter geral e os sistemas jurídicos frequentemente conseguem, através de regras especiais respeitantes à promulgação, que tal seja feito.²⁹

Nesse sentido, sempre que exista um sistema jurídico, algumas pessoas ou corpo de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve-se acreditar em geral que tais ameaças sejam cumpridas, em caso de desobediência. Tais pessoas serão soberanos e as leis de qualquer país serão as ordens gerais baseadas em ameaças que são emitidas pelos mesmos.³⁰

Para Bobbio, com a criação do Estado Moderno ocorrera um processo de monopolização da produção jurídica da parte do Estado e o juiz, que antes era um livre órgão da sociedade podendo escolher entre as várias possíveis normas a aplicar (direito positivo ou normas de direito natural como os princípios da razão ou equidade), tornou-se um órgão deste ou normas reconhecidas de alguma maneira pelo Estado consuetudinário, o direito positivo aos poucos se tornou o único e verdadeiro direito e o Estado seu único criador e provedor.³¹

Hart trata da soberania além de um órgão legislativo, adentrando no fato de que há muitos sistemas jurídicos no mundo afirma que o órgão legislativo supremo no sistema está sujeito à limitações jurídicas ao exercício de seus poderes legislativos, porém, tais atos legislativos são, de fato, direito, nesse caso Hart indaga que se quisermos manter a teoria de que onde existe direito há um soberano não suscetível de limitação jurídica, devemos procurar fora do órgão legislativo juridicamente limitado, subentende-se que numa democracia os representantes

²⁹ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 27.

³⁰ Idem, p. 31.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudati e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Editora Edipro, 2001, p. 66.

eleitos não constituem o corpo soberano, mas sim os eleitores.³² Dessa forma, aduz que:

Vista nesta perspectiva, a diferença entre um sistema jurídico em que o órgão legislativo ordinário está livre de limitações jurídicas e um outro em que o órgão legislativo a elas está sujeito surge como uma mera diferença na maneira pela qual o eleitorado soberano escolhe exercer os seus poderes soberanos.³³

Hart explana que o ordenamento jurídico se forma através de um conjunto de regras, as quais denomina de regras primárias e regras secundárias,

Para Hart, o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de regras que ele denomina de regras primárias e por três tipos de regras secundárias: regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação. As regras primárias prescrevem o que os indivíduos podem ou não fazer e quando devem omitir certas ações— queiram ou não —, ou seja, são regras que impõem deveres em sentido positivo e negativo. Já as regras secundárias, ademais de desempenhar distintas funções no ordenamento jurídico, são também o remédio para cada um dos defeitos que, inevitavelmente, apresentam um sistema composto somente por regras primárias, entre os quais se encontram: a falta de certeza, a dificuldade para assimilar as mudanças (sociais, culturais, econômicas, etc.) ocorridas na sociedade e a ineficácia da pressão social difusa que se exerce com a intenção de que se cumpram as normas. As regras secundárias de alteração outorgam competência a determinados sujeitos para que ajustem — por meio da introdução, exclusão e modificação de normas — a realidade social em que operam. Por sua vez, as regras de adjudicação dão dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, pois conferem potestades jurisdicionais — identificam e estabelecem quais são os indivíduos que podem julgar e os procedimentos que necessariamente devem seguir juízes e tribunais.³⁴

Nesse sentido, pode se considerar que no tipo primário é exigido dos seres humanos que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não. Já no sentido secundário asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação.³⁵

Continua explicando que as regras do tipo primário impõem deveres, já as regras secundárias atribuem poderes, públicos ou privados. E, ainda, que as regras

³² HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 81.

³³ Idem., p. 83.

³⁴ STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart**. **Revista Direito**. GV5, vol. 3. , n. 1, p. 101-120, jan-jun.2007, p. 104-105.

³⁵ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 91.

do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas e as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudanças físicas, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.³⁶

Para Fernandes e Bicalho, Herbert Hart contribui com o positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do positivismo - informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Ainda, considera duas espécies de regras: as primárias, de obrigação, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a regra de reconhecimento, asseguram que as regras primárias possam ser criadas – se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento. Mas continua a entender o direito distante das questões valorativas ou morais.³⁷

Diante disso, se demonstra imperiosa a discussão no positivismo acerca da relação entre direito e moral, Hart considera necessária para elucidar os aspectos característicos do direito como meio de controle social, distinguir da ideia de um hábito geral a de uma regra social e acentuar o aspecto interno das regras manifestado no seu uso como padrões orientadores e críticos de conduta, assim, distinguimos entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento.³⁸ Como afirma Hart:

Trata-se da afirmação geral de que entre direito e a moral há uma conexão que é, em certo sentido, necessária, e que é ela que merece ser tomada como ponto central em qualquer tentativa de análise ou de elucidação da noção de direito.³⁹

Há algumas percepções acerca dessa discussão, cabendo analisar uma das mais claras segundo Hart, que se trata de um ponto de vista associado à tradição

³⁶ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 91.

³⁷ FERNANDES, Ricardo V. de C., BICALHO, Guilherme P. D. **Do positivismo ao pós-positivismo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 108.

³⁸ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 169.

³⁹ *Idem.*, p. 170.

tomista do Direito Natural, que contém uma afirmação dupla: em que primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido.⁴⁰

Stolz analisa a relação entre Direito e moral nos conceitos de Hart:

No positivismo jurídico a separação conceitual entre o Direito e a moral é fundamental. Sendo assim, a existência e o conteúdo do Direito estão determinados por fatores que fazem com que o Direito esteja sujeito à apreciação moral, mas isto, por si mesmo, não garante o seu valor moral. A relação entre o Direito e os valores e princípios morais não é necessária, mas sim contingente e, neste sentido, o Direito é moralmente neutral. Entretanto, é necessário entender que a separação notória entre o Direito e a moral pelo positivismo de Hart tem raízes em um ato moral, em um ato político, qual seja preservar a autonomia e a liberdade individuais da interferência estatal exorbitada (paternalismo jurídico) e de terceiros (seja do domínio das majorias ou da tirania das minorias).⁴¹

Para Hart, as obrigações e os deveres morais, bem como as regras jurídicas, dizem respeito ao que deve e ao que não deve ser feito em determinadas circunstâncias da vida em sociedade.⁴²

Prossegue no sentido de que tanto o direito como a moral incluem regras que regem o comportamento dos indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em atividades ou ocasiões especiais, e ambos fazem exigências que devem evidentemente ser realizadas por qualquer grupo de pessoas que pretendam viver em sociedade.⁴³

Hart reflete sobre a validade jurídica e uma valoração moral, vejamos:

A passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obrigação são o único meio de controle social, para o mundo jurídico com o seu poder legislativo, tribunais, funcionários e sanções, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com certo custo. Os ganhos

⁴⁰ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 170.

⁴¹ STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart**. **Revista Direito**. GV5, vol. 3. , n. 1, p. 101-120, jan-jun.2007, p. 114.

⁴² HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 185.

⁴³ Idem., p. 187.

são os da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada possa ser usado para a opressão de um número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar, de um modo que o regime mais simples das regras primárias não podia.⁴⁴

Alega que o sistema jurídico deve se basear num sentido de obrigação moral ou em uma convicção de valor moral do próprio sistema, tendo em vista que não pode se basear no mero poder do homem sobre o homem.⁴⁵

Ainda, defende que um grande número de pessoas pode ser coagido por leis que não consideram moralmente vinculativas, mas mesmo assim não significa que devam considerar-se moralmente vinculados à aceitá-lo, embora o sistema se torne mais estável quando o façam.⁴⁶

Afirma também que não há razão pela qual as pessoas que aceitam a autoridade do sistema não devessem examinar sua própria consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo.⁴⁷

Dessa forma, Hart aduz que aqueles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico não estão por tal circunstância vinculada a um juízo moral de que é moralmente certo fazer o que o direito exige. E ainda:

Isto, contudo, não demonstra que algo não pode ser reconhecido como juridicamente obrigatório, a não ser que seja aceito como moralmente obrigatório. A presunção que mencionamos baseia-se no fato de que será frequentemente desprovido de sentido reconhecer ou apontar uma obrigação jurídica, se o autor da afirmação tiver razões concludentes, de natureza moral ou outra, para objetar ao seu cumprimento.⁴⁸

Portanto, para Hart, não teria sentido aceitar algo como juridicamente obrigatório se não for aceito como moralmente correto, ou seja, reconhecer uma obrigação jurídica se tiver razões morais para rejeitar seu cumprimento.

⁴⁴ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 185, p. 218.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994, p. 219.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem., p. 221.

2. O PÓS-POSITIVISMO

Esse capítulo tem como escopo identificar as diferenças entre o Positivismo e o Pós-Positivismo no sentido da evolução de um sistema com correção e aplicação de valores princípios e regras, bem como analisar as críticas de Ronald Dworkin em face do Positivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart.

2.1. PÓS-POSITIVISMO X POSITIVISMO

Luís Roberto Barroso exemplifica o positivismo em sua obra como uma teoria do direito que se tornou ideologia de como se gostaria que fosse o direito. Conforme vemos nesse trecho:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tomado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.⁴⁹

Ainda, Barroso complementa com o seguinte pensamento:

A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.⁵⁰

Diante disso, Barroso aponta as características da nova ideia de Direito através do Pós-Positivismo, vejamos:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23.

⁵⁰ Idem.

e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.⁵¹

Sendo assim, com a necessidade da mudança no sistema jurídico iniciou o Pós-Positivismo com as definições supramencionadas. A proximidade entre Direito e norma e a rígida separação da moral não correspondiam ao cenário da sociedade e às ambições da humanidade. Em vista disso, o discurso científico havia tomado conta do direito e seus operadores não desejavam o retorno no jusnaturalismo. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Sua trajetória se inicia resguardando consideração relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduz as ideias de justiça e legitimidade.⁵²

Dessa forma, Barroso menciona que através do Pós-Positivismo nosso constitucionalismo moderno promove uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. E, assim se argumenta no seguinte trecho:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.⁵³

Prosseguindo no seu pensamento, Barroso argumenta que os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a composição dos valores inseridos no ordenamento jurídico. Espelhando a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. Servindo de guia para seu intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à

⁵¹ Idem.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

⁵³ Idem.

formulação da regra concreta que vai reger a espécie.⁵⁴ Ainda, apresenta os papéis dos princípios, vejamos “(a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”.⁵⁵

Segundo Aguiar, o positivismo teve seus méritos ao criar consistentes fundamentos para o direito se estabelecer como ciência e para a efetivação da segurança jurídica e da liberdade, ainda na criação de limites racionais aos arbítrios do poder. No entanto, não solucionou o problema das normas perante a garantia de justiça.⁵⁶

Conforme Ana Paula Barcelos e Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.⁵⁷

Os autores complementam no seguinte sentido:

Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade. Os tópicos que se seguem têm a ambição de servir de guia elementar para a construção da normatividade e da efetividade do pós-positivismo.⁵⁸

A partir disso, transcendeu a discussão entre normas e princípios, de forma que em sua trajetória os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem

⁵⁴ Idem., p. 25.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

⁵⁶ AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004, p. 151.

⁵⁷ BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História**. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista Direito Administrativo**, Abril/Junho, 2003, p. 147.

⁵⁸ Idem.

eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.⁵⁹ Sendo assim Barroso explana sua distinção:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.⁶⁰

Vejamos então que há distinção entre regras e princípios, apesar de ambos serem compreendidos no gênero de normas jurídicas, nesse sentido, Humberto Ávila explana os pensamentos de Josef Esser e Karl Larenz no seguinte sentido:

Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação as regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.⁶¹ (ÁVILA, 2004, p. 27).

Prossegue relatando que:

Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta e indiretamente, normas e comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo dos princípios em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.⁶²

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

⁶⁰ Idem., p. 26.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 27.

⁶² Idem.

Em vista disso, Norberto Bobbio traz à tona o sentido de ordenamento jurídico que seriam o conjunto de normas que guardam relações particulares entre si.⁶³ Dessa maneira, surgem com o positivismo alguns problemas em nosso ordenamento, como o das antinomias, que se trata das normas incompatíveis entre si.⁶⁴

Na busca da solução para as antinomias em nosso sistema, verificou-se o dever da coerência, devido a incompatibilidade entre duas normas, se pressupôs uma regra de coerência, que num ordenamento jurídico não deve existir antinomias.⁶⁵

Em virtude disso, se desenvolveu uma busca para a completude do ordenamento jurídico, passando pelo problema das lacunas, o qual se deu devido ao pensamento de que num ordenamento completo deveria se ter uma regra para qualquer caso.⁶⁶

Assim, acrescenta Barroso a importância dos princípios no Pós-Positivismo, no seguinte sentido.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.⁶⁷

Diante do exposto, vemos a relevância dos princípios em nosso ordenamento, a inclusão de valores e ideais da sociedade buscando um sistema íntegro e harmonioso para garantir a sua completude.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Machado Solon. Apresentação: Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Editora Edipro, 2011, p. 35.

⁶⁴ Idem., p. 87.

⁶⁵ Idem., p. 111.

⁶⁶ Idem., p. 115.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

2.2. RONALD DWORKIN EM FACE DO PÓS-POSITIVISMO

Ronald Dworkin apresenta um contraponto conceitual de importante relevância ao contexto político e filosófico do positivismo jurídico. Considera o Direito como um fenômeno de profundo interesse especulativo. A questão da interpretação se torna referência fundamental para a cultura hermenêutica contemporânea, especialmente por representar um contraponto de inigualável valor para a crítica e a contraposição ao modelo do positivismo jurídico e à analítica do discurso jurídico.⁶⁸

Consoante o pensamento de Bittar e Almeida, quando Dworkin se posta contra o positivismo, não nega somente uma matriz de pensamento e suas principais estruturas de raciocínio, mas está, acima de tudo, se antepondo à lógica dos dois maiores representantes desta vertente de pensamento jus filosófico, Kelsen e Hart, que ocuparam o espaço da jus reflexão do século XX. Ainda mais, ao reacender o debate sobre pontos frágeis do positivismo, automaticamente, Dworkin também se coloca em face do jus naturalismo e do pragmatismo.⁶⁹

Os autores ainda colaboram com o seguinte raciocínio:

Dworkin haverá sim de vergastar a tese fundamental da mentalidade positivista, a saber, a de que o juízo jurídico não se faz sem o juízo moral. Se o positivismo fazia crer, especialmente influenciado pelo pensamento kantiano que principia a construção que culmina com a separação entre o ser (Sein) e o deve-ser (Sollen) de Kelsen, que Direito e Moral eram esferas que poderiam ser metodologicamente separadas para a cognição e fundamentação das práticas jurídicas (“A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral”), Dworkin irá exatamente abrir uma frente de trabalho na qual nega ostensivamente dar continuidade a este raciocínio. Dworkin não vai de encontro ao sistema jurídico vigente para afirmar a inexistência de parâmetros judiciais ou conceder uma carta em branco aos juízes para julgar. Muito menos, Dworkin fará com que o juiz esteja desatrelado da ordem positiva e da necessidade de garantir direitos individuais.⁷⁰

Completam no seguinte sentido:

⁶⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 525, 526.

⁶⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 526.

⁷⁰ Idem.

Dworkin se posicionará do ponto de vista ontológico, contra a vertente positivista exatamente por não admitir nenhum tipo de fundamentação de metalinguagem externa para a existência do Direito, como uma regra de reconhecimento (que faz com que a comunidade reconheça a autoridade de algum órgão do qual emanam regras válidas), em Hart, ou uma norma fundamental que faz com que tudo se vincule logicamente ao princípio sintático e hierárquico de relacionamento entre as validades das normas jurídicas), em Kelsen. Daí sua relevância para a crítica hermenêutica hodierna às matrizes do positivismo jurídico.⁷¹

Ainda, Melgaré retrata a mencionada distinção entre princípios e regras, nos moldes propostos por Dworkin, de uma forma que atinge um dos pressupostos nucleares do positivismo jurídico, onde há uma regra de reconhecimento, que determina estruturalmente os sistemas jurídicos modernos. O autor menciona: “Conforme a doutrina jus positivista, nas complexas sociedades contemporâneas, as regras jurídicas obedecem a uma estrutura hierárquica, de forma que a validade de uma norma decorre de sua adequação com as regras postadas em um nível jurídico hierarquicamente superior.”⁷²

Melgaré enfatiza que essa estrutura hierárquica chamada de escalonamento hierarquizado permite precisar a validade de uma norma perante o sistema jurídico, se ela integra o mesmo, fazendo um exame, o qual ele exemplifica como seu “pedigree” ou “linhagem”, sendo a validade de uma norma dependeria da sua sujeição às leis superiores. E assim, a cadeia seguiria até se alcançar um escalão normativo, que seria a constituição, o referencial supremo de validade.⁷³

Nesse sentido, Melgaré explica que essa seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico, que fornece a validade de todo ordenamento jurídico, encerrando a cadeia de validade do sistema.⁷⁴ Assim, menciona que a regra de reconhecimento teria uma dupla natureza, vejamos:

- (I) É a regra primeira do sistema jurídico, a lhe conferir validade;

⁷¹ Idem.

⁷² MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 101.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

(II) Manifesta um fato social constituído pela aceitação prática de como as normas jurídicas são identificadas, isto é, decorre sua existência de uma questão de fato.⁷⁵

Outrossim, vejamos que tal tese identifica uma distinção entre direito e moral, pois afirma que há uma medida alheia à moralidade na qual são reconhecidas as normas jurídicas. Porém, os princípios não estão submetidos a essa regra de reconhecimento.⁷⁶ Melgaré complementa:

Ademais, os princípios têm sua dimensão consagradora pela sua própria força normativa, vinculados a um critério material e derivados da moralidade política pressuposta pelas normas e instituições comunitárias. Destarte, o direito não se torna alheio à moral, sendo absolutamente equivocado o corte jus positivista efetuado entre as categorias do ser e do dever ser.⁷⁷

Melgaré ainda menciona algumas das divergências de Dworkin em face do positivismo, vejamos:

- o sistema jurídico não se compõe apenas por regras, senão que também por princípios;
- nos quadros de um Estado de direito, há de se negar o poder discricionário do juiz, e, quando a regra for imprecisa, o decidente deve recorrer aos princípios, assegurando aos litigantes uma solução justificada conforme o direito – e não segundo seu arbítrio;
- há uma inter-relação inexorável entre direito e moralidade.⁷⁸

Ademais, Dworkin elucida em sua obra *Levando os Direitos a Sério* as teses de Herbert Hart, explicando o avanço que o mesmo proporcionou ao positivismo tendo em vista a teoria de Kelsen, expondo que Hart teria um instinto para problemas de princípio e lucidez para expô-los, e afirmando que Hart ofereceu uma análise das regras convencionalmente utilizadas por nossa sociedade ao produzir e

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, Revista de Informação Legislativa - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 101.

⁷⁸ Idem., p. 103.

criticar argumentos acerca da obrigação moral e argumentou que juízes seguem quase as mesmas regras nos raciocínios sobre a obrigação jurídica.⁷⁹

Em vista disso, Dworkin afirma que “os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”⁸⁰. Sendo assim, explana seu pensamento sobre Hart, na seguinte perspectiva:

Porém, Hart não se contenta apenas em explicar o direito mostrando como ele incorpora os juízos morais do homem comum. Considera esse tipo de análise como uma preliminar necessária para a avaliação crítica tanto do direito como da moralidade popular sobre a qual aquele se assenta. Enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente. Contudo, assim que tivermos essa clareza, restará ainda perguntar se essa prática ou juízo é sensato, bem fundado ou coerente com outros princípios que o direito alega servir.⁸¹

Dworkin completa afirmando que: “a abordagem da teoria do direito que enfatiza os princípios não pode contentar-se apenas em mostrar as ligações entre a prática jurídica e a prática social, mas deve continuar a examinar e criticar a prática social à luz de padrões independentes de coerência e sentido”⁸².

3. TEORIA DO DIREITO EM DONALD DWORKIN

Neste terceiro e último capítulo, o objetivo é compreender as regras e princípios em si e a sua aplicabilidade na coerência do direito como um todo, analisando a teoria do direito de Ronald Dworkin e buscando sua interferência para um ordenamento jurídico íntegro e justo.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

⁸² Idem., p. 19 - 20.

3.1. REGRAS E PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN

Primeiramente cabe elucidar o sentido de norma na percepção de Humberto Ávila em seu livro, *Teoria dos Princípios (2004)*, vejamos: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”⁸³

Assim, veremos a construção das regras e princípios, vejamos a análise de Ana Paula de Barcelos e Luís Roberto Barroso na obra *O começo da história*:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.⁸⁴

Barroso complementa em sua obra *Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro*:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.⁸⁵

⁸³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22.

⁸⁴ BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História**. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista Direito Administrativo**, Abril/Junho, 2003, p. 148.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

Dessa forma, Barroso descreve características das regras sob o prisma de Dworkin, vejamos:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada ("ali or nothing"). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção.⁸⁶

A seguir, passa a explicar acerca dos princípios:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.⁸⁷

Humberto Ávila também traz sua percepção dos conteúdos de Dworkin acerca das regras e princípios, da seguinte forma:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios. Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida.⁸⁸

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 28.

Ávila complementa explicando que caso houvesse colisão de regras, uma delas teria que ser considerada inválida. Já os princípios, são ao contrário, vejamos: “Não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos provenientes de outros princípios”.⁸⁹ Assim, explica que: “Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”.⁹⁰

Segue seu raciocínio no sentido que os princípios se enquadram numa qualidade de normas que geram para argumentação, razões substanciais ou razões finalísticas. Trazendo um exemplo: “(...) a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários”⁹¹. Porém o autor assevera que os princípios não indicariam quais são esses comportamentos.⁹²

Melgaré em sua análise sobre o tema se posiciona num sentido de que o sistema jurídico pela perspectiva única das normas, sem a presença de princípios, ocorre o fenômeno das lacunas, o qual afirma que no caso de se adotar a visão positivista, segundo Dworkin, ficaria confiada à discricionariedade do magistrado.⁹³

Seguindo nesse ponto de vista, Melgaré traz à tona a posição de Norberto Bobbio acerca do assunto, no seguinte sentido:

Em semelhante posição de aceitabilidade da discricionariedade judicial, encontramos Norberto BOBBIO (1990), especificamente na abordagem da temática da coerência do ordenamento jurídico e das antinomias. Na hipótese de se caracterizar a insuficiência dos critérios da especialidade, cronológico ou hierárquico para a solução de normas incompatíveis entre si (antinomias), segundo esse autor, a solução do conflito acabará por ser deixada à liberdade do intérprete. Demais disso, aquando da existência das antinomias de segundo grau, em que, no momento de apontar a solução de

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem., p. 41.

⁹² Idem., p. 41.

⁹³ MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 98.

um caso, configurar-se o conflito entre os critérios da especialidade e o hierárquico, a solução igualmente dependerá do intérprete.⁹⁴

Assim, Melgaré afirma que segundo o ponto de vista de Dworkin, “(...) ao admitir-se a discricionariedade judicial, os direitos das pessoas estariam sob a dependência e ao sabor das opções subjetivas do magistrado”⁹⁵. Completando a seguir:

Ora bem, nos quadros da teoria em tela, as pessoas têm direitos anteriores aos próprios poderes do Estado, e, por conseguinte, a ideia da discricionariedade judicial implicaria a falência de princípios formadores da ideia de um Estado de direito.⁹⁶

Deste modo, o autor expõe a ideia de que “o poder não pode pretender constituir a ordem da coexistência humana como bem a quiser, alterando-a no tempo presente diante de exigências não previstas ou desejos de algum soberano”.⁹⁷ Sendo assim, esclarece o modelo de Estado de Direito referido por Dworkin:

Decerto, não pensamos em uma mera identificação do Estado com a ordem legal, a identificar um Estado de direito formal – ou de mera legalidade. Sem embargo, registramos a compreensão de um Estado de direito material, comprometido com a efetivação da ordem democrática, em que o sentido axiológico da normatividade jurídica seja um postulado concreto. Sob essa perspectiva, as decisões levadas a efeito pelos órgãos e poderes estatais devem ser justificadas, sem serem toldadas pela obscura névoa do arbítrio.⁹⁸

Diante disso, complementa acerca do poder público, da seguinte maneira:

Como corolário desse entendimento, alcançaremos uma compreensão segundo a qual o poder político não será a célula criadora dos princípios e da moralidade, devendo, todavia, assumi-los – inclusive pela via da positivação. Sob tal perspectiva, assegura-se o necessário equilíbrio entre os valores ético-jurídicos e as instâncias políticas, desviando-se de alguma absoluta hegemonia e proeminência de um desses termos – valores ético-jurídicos e instâncias políticas – em relação ao outro.⁹⁹

⁹⁴ MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, *Revista de Informação Legislativa* - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 98 - 99.

⁹⁵ Idem., p. 99.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, *Revista de Informação Legislativa* - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 99.

Em vista disso, Dworkin tem como objetivo reduzir a arbitrariedade judicial e assim, faz um contraponto em um sistema jurídico aberto e plural, composto, não só por regras, mas também por princípios.¹⁰⁰ Explana então acerca dos princípios:

Os princípios, que indicam todo o tipo de pautas que não são regras, por seu turno, são compreendidos por duas perspectivas: a dos princípios em sentido estrito, que doravante chamaremos de princípios normativos, e a das diretrizes políticas, dos programas de ação.¹⁰¹

Vejamos então, os significados de princípios das diretrizes políticas e normativos:

Diretrizes políticas são, conforme depreendemos das palavras do próprio autor, aquele tipo de standard que apresenta o propósito de um objetivo a ser alcançados, de uma maneira geral, uma melhoria em algum fator socioeconômico ou político da comunidade. Os princípios normativos são aqueles padrões a serem observados em razão de alguma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de eticidade.¹⁰²

Ainda neste sentido, Marcelo Novelino, expondo as distinções existentes entre os princípios e as regras em Ronald Dworkin, cita que:

Segundo Dworkin, enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário.¹⁰³

Finalmente, analisamos Dworkin em sua obra *Levando os direitos a sério*, onde o mesmo traz a diferença de princípios e regras, vejamos:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à

¹⁰⁰ Idem., p. 100.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 127.

maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁰⁴

Como já explanado anteriormente, Dworkin explica dimensões diferentes entre princípios e regras, em relação aos princípios Dworkin afirma que há dimensões de peso e importância, no momento que os mesmos se cruzarem, o operador do direito que resolver o conflito fará uma ponderação relativa a força de cada um.¹⁰⁵ Quanto às regras, Dworkin afirma que são “funcionalmente importantes ou desimportantes”, sendo assim, uma regra pode ser mais importante do que a outra pelo motivo da sua importância na regulação do comportamento e, dessa forma, uma regra supera a outra em virtude de sua importância maior.¹⁰⁶

Vejamos um trecho da obra de Dworkin nesse sentido:

Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão preferência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes.¹⁰⁷

Isto posto, Dworkin assevera que: “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.¹⁰⁸

3.2. A TESE DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN

Mediante a doutrina concebida por Ronald Dworkin, surgiu um elemento de grande importância a ser discutido em nossos dias atuais que conforme Melgaré “se evidencia uma tentativa de redução do direito às estruturas e à metodologia da

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

¹⁰⁶ Idem., p. 43.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem., p. 44.

política: as inter-relações entre direito e política e suas respectivas argumentações fundamentais”.¹⁰⁹

À vista disso, um dos aspectos nucleares da obra de Dworkin se trata das teses dos direitos que surge da relação entre direito e política. Portanto, vejamos o entendimento de Melgaré e sua explanação acerca do assunto:

Ora bem, o que se vai então propor é que os direitos dos indivíduos e dos grupos serão criados, para além das regras, pelos princípios. Por essa via, consubstanciam-se, pois, duas esferas distintas acerca do fundamento justificante de uma argumentação. Destarte, teremos, em um polo, argumentos de princípios e, noutro polo, argumentos de política – de diretriz ou ação política. Enquanto aqueles se vinculam a razões endereçadas a consagrar um direito, quer seja de um indivíduo ou de um grupo, estes descortinam circunstâncias que visam à instituição de um objetivo extensivo à coletividade, de uma meta de natureza social. Em uma palavra: os argumentos políticos intentam fixar um objetivo coletivo; os argumentos de princípio, um direito.¹¹⁰

Dworkin em sua obra defende que mesmo quando não houver regra regulamentadora de um caso, uma das partes ainda assim, pode ter o direito de ganhar a causa. Afirma que: “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.¹¹¹

Dessa maneira, Dworkin afirma que mesmo com as teorias da decisão judicial se tornando cada vez mais sofisticadas, as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação, vejamos:

Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos.

¹⁰⁹ MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 103.

¹¹⁰ MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 103.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127.

Sendo assim, Dworkin traz à tona a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, vejamos:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.¹¹²

Nesse sentido, Melgaré colabora com o seguinte raciocínio:

Recuperando uma conhecida tipologia weberiana, diríamos que a racionalidade a reger os argumentos de política seria finalística, enquanto o sentido dos argumentos de princípio faria caminho no campo da racionalidade axiológica. Na encruzilhada em que ocorre o inter-relacionar entre o direito e a política, sendo aquele, pelo próprio exercício do poder, muitas vezes subordinado a esta, os princípios normativos exsurgem como um polo a registrar o sentido – e, por conseguinte o próprio fundamento – do direito, garantindo sua autonomia e dignidade próprias. Tal ponto de vista desenvolve na doutrina Dworkiana um importante papel, pois cimentará o entendimento acerca da distinção das atividades reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Como vimos, os direitos das pessoas nascem das regras e dos princípios normativos, portanto, não estão vinculados aos fins sociais pretendidos.¹¹³

Dworkin faz um adendo acerca dos princípios e a democracia, num sentido que a sociedade deve ser governada pelos representantes eleitos pela maioria e responsáveis pela ela. Porém, tendo em vista que os juízes não são eleitos, e sendo assim não são responsáveis pelo eleitorado, não caberia a eles o poder discricionário perante as leis e nem mesmo a sua criação, diferentemente dos próprios legisladores.¹¹⁴

Portanto, vejamos uma colocação de Dworkin: “parece irrepreensível quando pensamos no direito como política; isto é, como um compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”.¹¹⁵

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 129.

¹¹³ MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 104.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

¹¹⁵ Idem., p. 133.

Segundo Gomes Júnior e Portela em sua obra *Esclarecimentos sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin* o principal argumento que Dworkin defende é “que o julgamento jurídico não é político, ou que sua importância política é restrita, é baseado no conceito de democracia tradicional”.¹¹⁶ Neste conceito, vejamos um trecho da obra:

(...) a soberania popular é representada no Parlamento, o qual, através de seu poder legitimado pelo voto, produzirá as normas (leis) que irão regular a sociedade. Assim, o fundamento que legitimaria qualquer atuação do Judiciário, aqui se destacando uma corte suprema ou constitucional, seria a análise do respeito a critérios formais ou procedimentais, tais como previstos na Carta Maior, por exemplo, em países de constituição escrita e rígida.¹¹⁷

Nesse contexto, Dworkin propõe uma maneira de entender o Poder Judiciário e cortes constitucionais em uma democracia, vejamos:

(...) para um regime político ser realmente considerado democrático, ele deve levar os direitos a sério. Para isso, Dworkin propõe uma “theoretical account of the ground of Law, a program of adjudication we can recommend to judges and use to criticize what they do”, ou seja, uma teoria que sirva de base para os juízes decidirem e para a fiscalização de suas decisões pela sociedade. Nesse sentido, ele reconhece que não se pode exigir dos juízes decisões perfeitas ou a única decisão correta, mas deve-se exigir que eles tentem alcançá-la, que levem os direitos a sério, ou seja, que decidam segundo uma teoria coerente sobre a natureza dos direitos individuais.¹¹⁸

Seguindo esse entendimento, prossegue o Dworkin dizendo que o Estado também não está autorizado a agir apenas baseando-se no juízo de que seu ato provavelmente produzirá um benefício geral para a comunidade. Isso porque grandes atrocidades contra direitos individuais foram realizadas no passado em nome do bem-estar coletivo.¹¹⁹

Os autores vão além em seu raciocínio em busca de um esclarecimento acerca dos princípios e políticas:

O Estado procura realizar seus objetivos de maximização dos benefícios para a sociedade como um todo, mas suas instâncias políticas de decisões dessa natureza são baseadas na soberania da maioria, que utilizam fundamentos baseados em argumentos de política *strictu sensu*. Por isso,

¹¹⁶ GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; PORTELA, Thiago Barreto. **Esclarecimentos sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin**: conceitos jurídicos fundamentais. *Hermenêutica I*, João Pessoa/PB, CONPEDI/UFPB, p. 197 – 222, 2014, p. 205.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Idem., p. 206.

¹¹⁹ Idem., p. 207.

para limitar o poder do Estado na realização de seus objetivos há os direitos individuais, fundados em princípios. Esses direitos não buscam algum benefício geral para a sociedade. Seus objetivos são a proteção das minorias em sua dignidade humana, de tal forma que qualquer violação a um direito é um grave dado moral. Da mesma forma, tal violação é um dano em sua igualdade política, de tal forma que auxilie a sua participação política como qualquer outro cidadão.¹²⁰

Concluem sua explanação no seguinte sentido:

Os tribunais, portanto, devem julgar baseados em princípios, para que levem os direitos a sério e que sejam fiscalizados nesse papel político. Isso não significa dizer que nunca um objetivo social irá sobrepor-se a um direito individual. Essa situação poderá acontecer. O que, de fato, é negado é que isso seja feito apenas com esse fundamento, de que é um objetivo social geral. Um direito individual só poderá ser restringido em um caso de concorrência de direitos individuais de outras pessoas ou pelo risco de um grave dano iminente, que por trás guarda a fundamentação do direito individual de proteção das pessoas pelo Estado. Este é o papel político do Direito, decidir questões no fórum do princípio. Logo, qualquer crítica que não leve em consideração que o papel político do juiz é a defesa das minorias é inadequado.¹²¹

Segundo Aguiar em sua obra *Os fundamentos do Direito*, Dworkin apresenta uma concepção de direito como trunfo, vejamos:

Em Dworkin, a concepção de direito como trunfo é conscientemente um elemento importante tanto da teoria do direito (como um conceito operacional) quanto da sua filosofia política normativa. Nesta, o direito como trunfo serve para se aplicar àquelas situações em que cidadãos têm direitos violados pelo argumento *prima facie* de que a comunidade como um todo será beneficiada se aquele interesse for afastado ou flexibilizado (argumento utilitarista). Afirmar tradicionalmente os direitos como parte da “liberdade” para Dworkin significa, no fundo, afirmar um direito à igualdade e de defesa das minorias. Os direitos são trunfos dentro da moralidade política contextual, isto é, da rede de crenças e pressuposições que envolvem o próprio direito.¹²²

Nota-se então, que Dworkin busca um direito que não se trate de uma ação de poder coercitivo, mas sim uma força sensória de poder, que busque uma política a atender metas sociais, como afirma em sua obra: “Os argumentos de princípio são

¹²⁰ GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; PORTELA, Thiago Barreto. **Esclarecimentos sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin**: conceitos jurídicos fundamentais. *Hermenêutica I*, João Pessoa/PB, CONPEDI/UFPB, p. 197 – 222, 2014, p. 211.

¹²¹ *Idem*.

¹²² AGUIAR, Málio. **Os fundamentos do direito**: a tese dos direitos de Dworkin entre desafio e persistência. *Florianópolis, PERI – Revista de Filosofia*, v. 10, n. 1, p. 200 - 214, 2018, p. 203.

argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo”.¹²³ E ainda mais, descreve que: “Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.¹²⁴

Assim, Dworkin preconiza um método interpretativo, em que o direito, ao invés de um objeto dado, reflete sempre uma tarefa a construir e a reconstruir uma prática social institucionalizada e argumentativa e racionalmente justificada, nesse sentido Bittar e Almeida corroboram:

O Direito não se confundirá, nesta medida, com uma ação de poder (imposição de escolha fundada na força e baseada na ideia de uma política a atender metas sociais), mas, de fato, exercerá uma atividade censória do poder, na medida em que o uso da força acaba por ganhar guarida somente quando e onde a força for justificável pela imperatividade de princípios sociais e pela vinculatividade de valores morais fundantes do pensamento jurídico predominante.¹²⁵

Dworkin salienta que o direito deve agir como uma força sensória de poder, num sentido de que o Estado deve buscar atender as metas sociais pretendidas, mas que deve guardar guarida através dos princípios diante das individualidades.

3.3. A INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO E SUA VALIDADE FRENTE À COERÊNCIA.

Diante do exposto, cumpre salientar que na visão de Dworkin nosso ordenamento jurídico precisa ser tratado de forma interpretativa pelos seus operadores. Bittar e Almeida discutem justamente a reflexão que deve ser feita para tratarmos de justiça, vejamos um trecho de sua obra:

A justiça não pode ser construída fora da linguagem. Este é um dado inegável para a reflexão jus filosófica que assume problematizar a interpretação na esfera das práticas jurídicas. Não por outro motivo, o direito não é visto como uma investigação, especialmente no processo, que reconstrói dados do passado, como um historiador o faria, mas sim um tipo

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 141.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 536.

de atitude investigativa sobre a realidade que realiza interpretações sobre fatos ocorridos e juridicamente relevantes, dentro de um contexto decisório.¹²⁶ O Direito é, assim, considerado, em sua teoria, fato interpretativo que depende visceralmente das necessidades da prática social comunitária e institucional dos agentes de justiça. Entenda-se, no entanto, que interpretação, no sentido assumido por Dworkin, não é nem criação *ex nihilo*, nem mesmo ato de vontade da autoridade decisória. Interpretação parece significar a retomada do sentido social, sob as circunstâncias de uma nova situação. O Direito pode ser entendido como atitude interpretativa, na medida em que corresponde a uma certa aparição do sentido enquanto fruto da comunidade que realiza justiça. De fato, o juiz está vinculado não somente pelo caso, mas pelo conjunto de determinações que pressionam sua decisão para decidir abrigo argumentos de princípio, mas não os de política.¹²⁷

Os autores elucidam a forma que devemos analisar o Direito sob a visão de Ronald Dworkin, e afirmam que o mesmo não pode ser visto meramente como direito positivo, mas como um instrumento que valoriza a justiça, bem como um construtor de estruturas “cíclico-evolutivas” para a nossa sociedade, vejamos:

Mas, o Direito não pode simplesmente ser visto como fruto da legalidade estrita, mas sim como instrumento que realiza valores e expectativas de justiça que lhe são anteriores. Mais que isto, é um *récit* que se pratica e se constrói fazendo com que algo se some à estrutura da concepção de justiça do ontem, para que se torne melhor. A noção de história demonstrada nesta leitura de Dworkin sobre o processo de construção da justiça é fundamentalmente cíclico- evolutiva, na medida em que o ontem é remanejado a cada *case* para ser tornado o “melhor possível” como objeto de uma demanda judicial. “Eu disse que nós temos por objetivo fazer do objeto da interpretação o melhor que ele puder ser”. O ontem está sempre recebendo ajustes, adequações e acomodações para caber no hoje. Nesta perspectiva é que o Direito, enquanto conceito será considerado fruto da concepção histórica de justiça de um conjunto de participantes (envolvidos em uma história, em uma mundividência etc.), e não poderá se descolar daquilo que são as próprias práticas sociais.¹²⁸

Ainda, debruçando-se na teoria de Dworkin, explanam acerca de duas regras para a hermenêutica jurídica, as quais seriam:

Na construção teórica dworkiniana, duas regras presidem a ideia da interpretação: a primeira consiste na “conveniência”: esta é a fase do levantamento dos casos relativos à situação a ser decidida, bem como na empírica constatação dos argumentos cabíveis; a segunda corresponde ao “valor”: trata-se da escolha do valor de justiça que se resolve acolher para

¹²⁶ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 528.

¹²⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 528.

¹²⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 529.

orientar o processo de seleção dos argumentos a serem acolhidos, de acordo com a “moral política”, ou seja, de acordo com a ideia de que a justiça não prescinde da igualdade para se realizar. Isto quer dizer que a posição teórica de Dworkin não se afasta completamente da ideia de que os direitos individuais devam ser protegidos, tampouco que a ideia de igualdade deva ser abolida da reflexão sobre o justo e o injusto.¹²⁹

Na construção do pensamento os autores afirmam que não cabe ao direito somente se exaurir em ser um conjunto de normas reconhecidas pelo positivismo como únicas formas de atividade judicial. Cabendo às normas e princípios compor o sistema jurídico, sempre os considerando como subsídios para que a interpretação de cada caso seja baseada em valores morais.¹³⁰

Porém, chamam atenção a questão da recorribilidade das regras pelo fato de serem mais usuais do que os princípios, afirmando que isso decorre pela própria consolidação de certas matérias a partir dos legisladores, bem como por possuírem fácil acesso à argumentação dos pleiteantes, mas ainda mais pelo motivo de que uso dos princípios se tratarem do aumento da insegurança jurídica e da lacuna em que o operador esteja lidando.¹³¹

Ademais, ao tratar do assunto da coerência do direito os autores trazem grandes elucidações:

Quando se passa a pensar a coerência do Direito como uma grande mecânica que reúne regras e princípios, a razoabilidade (*fairness*) do Direito deixa de depender simplesmente da lógica intra sistêmica das regras entre si (o que foi decretado pelo legislador) e passa a depender da lógica inter sistêmica (o que as instituições reconhecem como práticas legítimas socialmente), em face da recorribilidade à história e à *práxis* em torno da justiça. Se a aplicação do Direito sempre depende de uma releitura do passado, de forma a retornar bem melhor a história e interpretação andam juntas na definição e circunscrição do que seja a ideia de ‘coerência’ do Direito. Em sua reflexão, está ausente a preocupação com a verdade, enquanto correspondência (*adequatio mens ad rerum*), na medida em que caminha no sentido da afirmação da ideia de uma outra forma de verdade, enquanto coerência. Os princípios são, portanto, vinculativos para a atividade do juiz, além de se considerar que se constroem no embate histórico dos valores morais. Some-se a estes dois fatores a ideia de que são, por essência, abertos e vagos pela indefinição de seus conteúdos

¹²⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 529.

¹³⁰ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 530.

¹³¹ Idem.

semânticos, porosos para experiências em constante processo de construção. Dworkin, portanto, não somente reconhece a vagueza da linguagem, como também reconhece a subjetividade da interpretação, incluindo-as na lógica do processo decisório e na avaliação do funcionamento da ideia de Direito. O problema da vagueza pode ser superado pela adoção de princípios como escoras da decisão, e o problema da subjetividade pelo compartilhamento de valores contidos nos princípios, já que estes são gestados ao longo da tradição social e jurídica. Assim, o juiz, “na sua interpretação, é acompanhado por uma teoria política de fundamento histórico, baseada em estruturas, práticas, consensos”¹³²

Reiteram ainda que, a subjetividade não estará eliminada do processo hermenêutico, afirmando que a interpretação sempre será de natureza subjetiva, sendo este um pensamento extremamente democrático, porque demonstra que o direito se trata da evolução da sociedade, portanto deve ser alvo de reflexão e atualização constantemente. E ainda mais, essa concepção hermenêutica de Dworkin permite que os juízes se liberem de suas convicções, seus ideais pessoais, e as miscigene ao conjunto de valores que devem ser aplicados institucionalmente.¹³³

Luís Roberto Barroso agrega no seguinte sentido:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, a vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservado, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.¹³⁴

Ainda, Barroso em sua obra com Ana Paula Barcelos elucida a teoria da argumentação perante nosso ordenamento:

¹³² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 531-532.

¹³³ Idem., p. 533.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33 - 34.

A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.¹³⁵

Gomes Júnior e Portela também abordam a teoria da integridade de Ronald Dworkin, afirmando que a preocupação do filósofo se tratava de fortalecer as teorias que o direito envolve, quais sejam, política, jurídica, moral, ética, social e outras e não prejudicá-las. Nesse sentido os autores acrescentam:

Ela é participativa especialmente porque pressupõe que a sociedade seja tratada como uma unidade, uma pessoa moral com uma responsabilidade moral em grupo. E o papel dos juízes diante dessa comunidade moral personificada e responsável é manter a sua integridade perante seus princípios norteadores e, também, proteger a participação política de todos os cidadãos igualmente considerados.¹³⁶

Melgaré conclui sua obra explicitando da seguinte maneira:

De fato, a sedimentar os aspectos aqui expostos, está a superação da inteligibilidade do fenômeno jurídico como um objeto a ser conhecido por seu intérprete. Ao contrário, o direito insere-se na seara da compreensibilidade – o que implica distingui-lo na plenitude e retidão de seus sentidos e não segundo relações de causalidades cumprindo, na atividade prática de julgar que objetiva a sua concretude, ter em seu campo de visão tratar-se de relações humanas, levadas a efeito por sujeitos historicamente contextualizados, permeáveis a valores, e interpretadas igualmente por sujeitos com essa condição. Por certo, em mundo talvez tendente a optar pela própria auto justificação tecnológica, sendo então o homem superado pela máquina, o direito, pela via responsabilizante dos princípios, afirma-se como a verdadeira alternativa humana a entretecer as linhas de nossa coexistência. E, ao fim e ao cabo, afirma-se como o preponderar dos fundamentos sobre os efeitos e, portanto, da justiça sobre a eficácia.¹³⁷

¹³⁵ BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista Direito Administrativo**, Abril/Junho, 2003, p. 175.

¹³⁶ GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; PORTELA, Thiago Barreto. **Esclarecimentos sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin: conceitos jurídicos fundamentais**. Hermenêutica I, João Pessoa/PB, CONPEDI/UFPB, p. 197 – 222, 2014, p. 218.

¹³⁷ MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, **Revista de Informação Legislativa** - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004, p. 109.

Assim, Bittar e Almeida explicitam que não se pode escolher alguma diretriz tendo como base interesses, e sim que deve haver um embasamento de todos os princípios que determinam a melhor solução para a situação apreciada.

A resposta de Dworkin a esta perplexidade não reafirma as teses positivistas e muito menos abre campo para um autorizativo indeterminado para que o juiz proceda simplesmente conforme seu arbítrio. Sua reflexão aposta na ideia de que um sistema somente pode ser considerado coerente e completo se avaliados os princípios que a ele pertencem, estes que às vezes estão consagrados em regras, mas que, em sendo coisas separadas delas, continuam a possuir a mesma capacidade de vinculação da decisão que as próprias regras.¹³⁸

Os autores reafirmam o posicionamento de Dworkin de que a validação do sistema jurídico se passa pela ponderação dos princípios em relação às regras, criando uma coerência entre ambos para tornam completo. Ainda, aludem que:

Nesta medida é que, no esforço de compreender a dinâmica dos precedentes, Dworkin chega à ideia de que o sistema somente funciona porque princípios informam a completude do sistema, o que por si só é argumento bastante para informar ao juiz que o seu papel crítico não está em reproduzir regras do ordenamento, repetir a lógica dos julgados anteriores, nem mesmo criar como se fosse legislador, mas sim ponderar o peso dos valores que estão em debate.¹³⁹

Dessa forma, se manifesta a coerência no ordenamento refletindo que o magistrado não está ali apenas para reproduzir regras do ordenamento, repetir jurisprudência de julgados anteriores e nem mesmo criar como se fosse um legislador, mas sim ponderar os valores do caso concreto.

¹³⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 537.

¹³⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, p. 537.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Ronald Dworkin foi de grande relevância para o universo jurídico, o filósofo trouxe grandes mudanças aos modelos positivistas não só de Hans Kelsen e de Herbert Hart, mas como um todo, a evolução cíclica do nosso ordenamento se fez através dos valores trazidos pelo mesmo, agregando a um sistema do direito positivo uma integridade para que através do tempo se busque cada vez mais uma coerência e justiça.

Retomando o problema que deu origem à pesquisa, tem-se que, de fato, a problematização das lacunas em nosso ordenamento, bem como uma certa validação do mesmo, passa diretamente por agregar ao direito positivo os valores inseridos nos princípios.

A hipótese se confirma na medida em que somente funcionará o nosso ordenamento porque os princípios formam sua completude e demonstram que o papel crítico do juiz não está em reproduzir meramente regras do ordenamento, nem mesmo decisões vinculadas ao seu tribunal ou criar como se fosse legislador, mas sim ponderar o peso de valores que estão em debate.

A vida em coletividade é indispensável à sobrevivência do homem, por isso devemos nos ater ao conjunto de regras e princípios que transformam nossa vida política e regem nossa democracia.

Dessa forma, como aplicadores do Direito devemos refletir nas formas de otimização da nossa função, vejamos que um sistema dotado de regras coercitivas baseada nos costumes de uma sociedade precisa ser atualizada constantemente. Quando se passa a pensar a coerência do Direito como uma grande mecânica que reúne regras e princípios, a razoabilidade do Direito deixa de depender

simplesmente da lógica das regras entre si, em face da recorribilidade à história e à práxis em torno da justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Márlío. **Os fundamentos do direito: a tese dos direitos de Dworkin entre desafio e persistência**. Florianópolis, **PERI – Revista de Filosofia**, v. 10, n. 1, p. 200 - 214, 2018.

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História**. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, **Revista Direito Administrativo**, Abril/Junho, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos do novo direito constitucional brasileiro** [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo] 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, trad. Márcio Pugliesi, comp. Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Ariani Bueno Sudati e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Editora Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Machado Solon. Apresentação: Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Editora Edipro, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Ricardo V. de C., BICALHO, Guilherme P. D. **Do positivismo ao pós-positivismo**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

FERRAZ JR. **A ciência do direito**, São Paulo: Atlas, 1980.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; PORTELA, Thiago Barreto. **Esclarecimentos sobre a tese dos direitos de Ronald Dworkin: conceitos jurídicos fundamentais**. *Hermenêutica I*, João Pessoa/PB, CONPEDI/UFPB, p. 197 – 222, 2014.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Trad. De J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 7. Ed. Rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos**. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin, Brasília, *Revista de Informação Legislativa* - Ano 41 nº 163, julho/setembro, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

STOLZ, Sheila. **Um modelo de positivismo jurídico**: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito**. GV5, vol. 3. , n. 1, p. 101-120, jan-jun.2007.