



O DEBATE ENTRE H. L. A. HART E RONALD DWORKIN: COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DIFÍCEIS?

Márcio Alves Figueira¹

RESUMO

O artigo jurídico apresenta como objetivo corroborar o interpretativismo como corrente filosófica apropriada para a resposta dos casos difíceis. Neste trabalho intento evidenciar as principais linhas do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin. Em relação aos procedimentos metodológicos esta pesquisa identifica-se como qualitativa e descritiva, por intermédio de uma revisão de literatura mediante livros, revistas especializadas e periódicos. Em conclusão, a compreensão interpretativa de Ronald Dworkin, certifica a integridade do sistema jurídico com alicerce em uma leitura coerente dos princípios jurídicos, não existindo uma zona de penumbra, no qual o magistrado encerra a faculdade de criar direitos.

Palavra-Chave: Casos difíceis; Positivismo Jurídico; Interpretativismo; Herbert Hart; Ronald Dworkin.

THE DEBATE BETWEEN H. L. A. HART AND RONALD DWORKIN: HOW DO THE JUDGES DECIDE HARD CASES?

ABSTRACT

The legal article aims to corroborate interpretativism as an appropriate philosophical current for the answer of difficult cases. In this work I try to highlight the main lines of the debate between Herbert Hart and Ronald Dworkin. Regarding the methodological procedures, this research is identified as qualitative and descriptive, through a literature review through books, specialized magazines and periodicals. In conclusion, the interpretive understanding of Ronald Dworkin, certifies the integrity of the legal system based on a coherent reading of legal principles, with no penumbra zone, in which the magistrate closes the faculty of creating rights.

Key words: Hard cases; Legal Positivism; Interpretativism; Herbert Hart; Ronald Dworkin.

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico contemporâneo estribado na jurisprudência analítica manifesta riqueza e diversidade muitas vezes ignorada.

Neste ponto de vista, o positivismo jurídico compreenderia em corrente de pensamento integralmente superado pela perspectiva interpretativista de Ronald Dworkin.

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário do Estado do Pará, Defensor Público do Estado do Pará. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Amapá/AP em 1999. Especialista pela Anhanguera-Unierp em 2011. SubProcurador Jurídico da Câmara Municipal de Macapá, de 1999 a 2000. Procurador-Geral do Estado do Amapá, no ano de 2011. E-mail: df.marcofigueira@gmail.com.



Primeiramente, cabe salientar, não albergar o positivismo jurídico uma corrente uniforme de pensamento jurídico e, nitidamente, progrediu após as primeiras críticas de Ronald Dworkin, fragmentando em diferentes correntes de pensamento.

Nesse sentido, o presente artigo procura condensar essa riqueza do pensamento jurídico contemporâneo, abordando sobre o tema da indeterminação do direito e a discricionariedade judicial com o propósito de responder de que forma o interpretativismo de Ronald Dworkin consiste em resposta satisfatória aos casos difíceis (*hard cases*), individualizados como casos sem regras; casos em que a norma não encerra clareza ou casos em que a regra empreste uma orientação ambígua, omissa ou incompleta.

Por este ângulo, será apresentado, ainda que sinteticamente, os fundamentais pressupostos do positivismo jurídico e do interpretativismo, mediante pesquisa bibliográfica, para alcançar o objetivo pretendido.

Sem embargo, uma premissa básica deste artigo é a naturalização do positivismo jurídico e a falha parecer estar afeita justamente em tal naturalização, e na desconsideração do interpretativismo pela leitura moral da Constituição amparada em princípios como uma premissa para resolução dos casos difíceis.

Dessarte, o presente trabalho tem por objetivo corroborar o interpretativismo como corrente filosófica apropriada para a resolução dos casos difíceis (*hard cases*).

Portanto, a discussão teórica consistirá na exposição da corrente filosófica do positivismo jurídico, assim como, da corrente filosófica do interpretativismo.

Ora, aqui também se faz necessário formular uma hipótese para esta pesquisa, com o intuito de responder, preliminarmente, ao problema científico, com este teor: o magistrado, responsável pela revisão judicial, limitado pelo teor das disposições constitucionais, não poderia adotar o positivismo jurídico como parâmetro para julgamento de casos difíceis, já que ele não é um legislador intersticial, máxime pelo enfoque da integridade do direito.

Nesta perspectiva, principiaremos com uma apreciação dos primordiais postulados do positivismo, para em seguida analisarmos a crítica formulada por Ronald Dworkin, elucidando as premissas para emprego dos princípios como parâmetro de controle para resolução dos casos difíceis.

Por conseguinte, o procedimento de pesquisa aplicado será a apreciação das principais teses jurídicas expostos pelo positivismo e pelo interpretativismo com o auxílio de pesquisa bibliográfica para alcançar o objetivo pretendido.



Dessarte, o presente artigo encontra-se organizado a partir da análise dos principais postulados do positivismo jurídico; na descrição das regras e princípios para Ronald Dworkin e por fim na pertinência dos princípios como parâmetro de controle para resolução dos casos difíceis.

Por derradeiro, nas considerações finais foram abordados os dilemas envolvendo a aplicabilidade da postura positivista e interpretativista com sustentação nos confrontos teóricos e jurídicos, encerrando com sugestão fruto desta pesquisa e da experiência do pesquisador.

1 OS PRINCIPAIS POSTULADOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Como sustentado por Habermas (1997), o positivismo jurídico consistiria em uma corrente filosófica cuja linha mestra compreende na existência de uma regra de conhecimento básica.

Nesta linha de raciocínio, a noção do que é direito para uma dada comunidade dependeria de uma prática complexa, normalmente coordenada, dos tribunais e funcionários públicos, especificamente quando eles identificam o que é direito (HABERMAS, 1997, p. 251).

Por outro lado, nos casos difíceis caracterizados pela indeterminação semântica própria da linguagem existiria uma zona de penumbra cuja consequência seria atribuir ao magistrado a prerrogativa discricionária de agir como se legislador fosse.

Cumprir esclarecer, uma distinção importante, antes de pormenorizar a tese do legislador intersticial. Dworkin sustenta a existência de casos simples, que por estarem a ocorrer em casos semelhantes, conduziria por consequência, a aplicação das regras gerais de forma clara. Por outro lado, haveria casos em que não é claro se se aplicam ou não as regras gerais (DWORKIN, 2017, p. 131).

Por conta da natural indeterminação da linguagem haveria uma zona de foco, onde a norma geral seria interpretada e aplicada de maneira clara, segundo sustenta H.L.A Hart. No entanto, haveria também uma zona de penumbra, uma zona de dúvida, onde a interpretação e aplicação da norma, por não ser clara, atribuiria ao magistrado a discricionariedade para agir como legislador (HART, 1994, p. 141).

Frise-se, que a indeterminação natural da linguagem é denominada de textura aberta (HART, 1994, p. 141).



Cabe salientar, ainda no tocante à caracterização do positivismo jurídico, que ele parte de dois conceitos básicos, quais sejam, o conceito de vigência e eficácia (KELSEN, 2009, p. 11).

Por tal perspectiva, regra geral, a eficácia seria um critério para existência do sistema jurídico. Por outro lado, a vigência estaria relacionada com a existência específica de uma norma. E a eficácia, por outro lado, diria respeito ao fato real da norma ser efetivamente aplicada e observada (KELSEN, 2009, p. 11).

Nesta senda, a eficácia estaria intimamente relacionada com a possibilidade de imposição de sanção, sendo este o critério de existência de um sistema jurídico (KELSEN, 2009, p. 12).

Sendo assim, o que caracterizaria o direito seria a circunstância dele ser uma ordem normativa de coação, cujo sentido objetivo estaria relacionado a identificação dos órgãos impositivos de sanção como se órgãos legislativos fossem, o que atribuiria um caráter normativo ao direito, e diferenciaria a ordem dada por um bando de salteadores, sob pena de sanção, da ordem proferida por um magistrado, também sob cominação de sanção (KELSEN, 2009, p. 51, 52).

Por outras palavras, os critérios para identificação de uma lei como pertencente a determinado sistema jurídico passariam necessariamente pela origem da norma (KELSEN, 2009, p. 195).

Nesta ótica, a origem da norma seria identificada pelas noções de cadeia de validade e de norma fundamental. Por conseguinte, a norma hierarquicamente inferior retiraria o fundamento de validade da norma hierarquicamente superior, até chegarmos a Constituição, formando-se assim a noção de cadeia de validade das normas (KELSEN, 1961, p. 115).

Hans Kelsen sustenta ainda que o fundamento de validade da Constituição estaria relacionado a uma norma fundamental. A norma fundamental não seria a Constituição, mas seria uma norma pressuposta, implícita e não positivada. A norma fundamental seria hipotética, porquanto representaria apenas um modelo teórico. O conteúdo da norma fundamental seria um mandamento, qual seja, obediência à Constituição (KELSEN, 2009, p. 217, 225).

Tais critérios, a saber, o da cadeia de validade e o da norma fundamental, seriam determinantes para identificar uma lei dentro de um sistema jurídico, além de diferenciar o campo próprio para o Direito, apartado da moral, da economia, da sociologia e da história.



Nesta senda, a interpretação seria uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior (KELSEN, 2009, p. 387).

No entanto, deve existir uma margem de livre apreciação do escalão superior para o inferior, de livre apreciação pelo intérprete, de modo, a formar-se um quadro ou moldura a preencher-se pelo ato interpretação (KELSEN, 2009, p. 388).

Destarte, ao lado da certa margem de liberdade do ordenamento jurídico, que não pode contemplar em pormenores todas as hipóteses, existe a problemática da indeterminação inerente a própria linguagem, de modo, que não havendo um sentido único para as palavras, o órgão jurisdicional terá que realizar uma escolha política dentre os vários significados possíveis (KELSEN, 2009, p. 389).

Tais conceitos seriam determinantes na interpretação jurídica, uma vez que o Direito a aplicar formaria uma moldura dentro da qual existiriam várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme o direito todo ato que se mantenha dentro desta moldura e que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Por isso, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única resposta correta, já que seriam possíveis várias soluções, com igual valor. No entanto, apenas uma delas vai se tornar direito positivo (KELSEN, 2009, p. 391).

Desta maneira, a produção do ato jurídico dentro da moldura legal seria livre, melhor dizendo, seria produzido pela livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato (KELSEN, 2009, p. 393).

Dessarte, a obtenção da norma individual apta a preencher o quadro ou moldura legal, consistiria em um ato de vontade, daquele que teria competência legal para tanto, uma decisão política. A interpretação cognoscitiva resultante da operação de conhecimento da norma deveria ser agregada a um ato de vontade do órgão aplicador do direito, cujo postulado seria realizar uma escolha entre as várias possibilidades reveladas através da atividade de conhecimento (KELSEN, 2009, p. 393, 394).

De todo o exposto, o consectário lógico da textura aberta do direito acrescido da multiplicidade de respostas corretas dentro da moldura legal seria o ativismo judicial fundamentado no subjetivismo das concepções pessoais do magistrado ao julgar um caso difícil, tudo em detrimento da legalidade vigente, entendida aqui como a legitimidade do sistema jurídico (ABBOUD, 2016, p. 710).



Nestes termos, não seria despropositado entender-se o positivismo como uma das causas do problema da discricionariedade judicial para resolução de casos difíceis.

Por consequência, a textura aberta do direito aliada a difundida, natural e não contestada tese das várias respostas corretas desde que dentro da moldura legal, compreendem a raiz da postura ativista e discricionária.

Neste sentido, a questão da indeterminação do Direito volta à tona por conta da mencionada obra “O Conceito de Direito”, do professor de Oxford H.L.A. Hart, mormente quando da abordagem do formalismo e cepticismo sobre as regras.

Nessa vertente, os textos legais possuiriam uma textura aberta decorrente da própria ambiguidade e imprecisão da linguagem. Em decorrência da textura aberta, haveria uma zona de certeza positiva quando da interpretação da legislação ou precedente, assim como existiria uma zona de penumbra. A norma ou precedente incidiria quando estivesse na zona de certeza positiva. No entanto, quando a norma estivesse na zona de penumbra, haveria ampla discricionariedade judicial.

Nestes termos, o Direito, na visão de H.L.A. Hart, seria a união entre normas primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que concedem direitos e obrigações. Já as regras secundárias estipulam como e por quem as regras primárias devem ser estabelecidas, modificadas ou extintas (HART, 1994, p. 104).

Por tal perspectiva, o cerne da ideia de direito seria a regra secundária de reconhecimento, uma prática a partir da qual os funcionários que aplicam o direito reconhecem como sendo direito válido as normas que preenchem determinados requisitos. A regra de reconhecimento, então, dependeria da sua aceitação pelos funcionários públicos, não possuindo uma forma definida aprioristicamente.

Malgrado ter apresentado uma resposta satisfatória em relação ao positivismo normativo de Hans Kelsen, não se pode desconsiderar que a noção da textura aberta do direito ainda padece do mesmo vício da explicação do quadro normativo kelseniano.

Nestes termos, a aplicação incondicionada da textura aberta das normas ou precedentes conduz necessariamente à discricionariedade judicial nos casos difíceis, cuja decisão irá lançar luzes na zona de penumbra, por critério que só o magistrado conhece. De fato, o magistrado, por tal noção, acabaria tendo o poder de criar o Direito *ex post facto*.

Sendo assim, a questão sobre a indeterminação do direito não encontra resposta satisfatória na teoria hartiana, não havendo critérios para resolução dos casos difíceis, como



aqueles envolvendo os desacordos morais razoáveis, já que tais casos estariam na zona de penumbra e, por conta da textura aberta do Direito, estariam sujeitos à discricionariedade judicial.

2 AS REGRAS E PRINCÍPIOS PARA RONALD DWORKIN

Na coletânea de artigos agrupados sob o título “Levando os Direitos a Sério”, Ronald Dworkin (2017) principia a sua exposição nos apresentando uma questão embaraçosa. Para tanto, parte da constatação dos juristas apoiarem-se em noções como direito e obrigação, sendo comum afirmações no sentido de o cidadão possuir direito ou obrigação de fazer reivindicações ou exigências. No entanto, existiria uma certa dificuldade em definir a natureza dos direitos e das obrigações jurídicas (DWORKIN, 2017, p. 23).

Na sequência, Ronald Dworkin (2017) irá caracterizar o positivismo jurídico como teoria dominante do Direito tomando como base a concepção apresentada pelo professor H.L.A. Hart, devido a clareza e elegância da exposição realizada na obra “O Conceito de Direito” (1994).

Neste sentido, o esqueleto do positivismo jurídico reside em três proposições básicas (DWORKIN, 2017):

a) A primeira conjectura positivista evidencia o seu próprio conceito e finalidade. O positivismo consistiria em um modelo de regras destinado a definir os comportamentos a serem punidos ou coagidos. Na identificação das regras não é relevante o conteúdo, mas a sua forma, de modo que a importância da regra gira em torno do seu pedigree, ou seja, a sua origem;

b) O segundo pressuposto positivista salienta a indeterminação do direito, de modo, que se alguém não se encontrar claramente abrangido por uma regra, tal situação não será regida pelo Direito;

c) A terceira premissa positivista declara que se alguém detém uma obrigação jurídica, isto significa dizer que o caso se acha regido pelo direito, de modo, a obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Por outro lado, o âmago do positivismo é delineado pelo teste de pedigree, melhor dizendo, a razão do positivismo equivale ao teste de identificação do modelo de regras consideradas como obrigatórias pelo direito.



Nesta senda, a versão do positivismo jurídico de Hart seria a mais completa versão do positivismo jurídico, isto porque, o direito consistiria na união das regras primárias e secundárias (HART, 1994, p. 104).

Por isso, as regras seriam obrigatórias porque elas seriam aceitas pela comunidade como padrão de conduta ou por serem válidas, já que estipuladas de acordo com uma regra secundária.

Para Hart a ideia de direito surgiria quando a comunidade estabelece-se uma regra secundária com o objetivo de identificar o conjunto de regras primárias concessivas de direitos ou impositivas de obrigações (HART, 1994, p. 113, 117).

Tal regra seria denominada de regra reconhecimento e consistiria na construção teórica de uma regra unicamente levando em conta a origem oficial do ato, assim como, à sua aceitação pelos funcionários públicos, o que identificaria o direito obrigatório para as demais pessoas (HART, 1994, p. 113, 117).

Ainda neste sentido, a engenhosidade da teoria de direitos de Ronald Dworkin seria exprimir a inaptidão da regra de reconhecimento para elucidar os casos difíceis, casos não previstos pela lei, o que descartaria por completo o positivismo jurídico na versão elegantemente construída por H. L.A. Hart (DWORKIN, 2017, p. 35, 36).

Para isto, a estratégia de Ronald Dworkin parte da constatação que nos casos não definidos em lei, os juristas recorreriam a padrões que não se comportam como regras, mas sim se valeriam de princípios para resolução dos ditos casos difíceis, não necessitando de positivação (DWORKIN, 2017, p. 35, 36).

Na perspectiva de Dworkin (2017), não há uma indeterminação no direito, isto em razão de subsistir padrão normativo com conteúdo moral determinante para resolução dos litígios não previstos em lei, como roborados pelos precedentes *Riggs versus Palmer* (1889), caracterizado pelo herdeiro que teria assassinado o avô para adquirir a herança e *Henningsen versus Bloomfield Motor Inc* (1969), no qual a empresa visava eximir a sua responsabilidade civil baseada nos estritos termos do contrato.

Seguramente, o reconhecimento dos princípios como padrão decisório diverso das regras ratifica o entendimento de que nos casos de omissões e ambiguidades, não se pode identificar um caráter discricionário às decisões dos Tribunais, não sendo os magistrados legisladores.



Por conseguinte, nesta empreitada, Ronald Dworkin (2017, p. 36) distingue política de princípios, o fazendo nestes termos:

[...] Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade [...].

Portanto, o padrão da redução de número de acidentes constitui-se como política, ao passo que o padrão de que ninguém pode beneficiar-se com a própria torpeza traduz-se em um princípio.

Vê-se que os princípios retratam um padrão distinto das regras, cuja característica fundamental seria a aptidão para resolução de casos difíceis, pelo conteúdo moral que albergam.

Como resultado, para Ronald Dworkin (2017), a obrigatoriedade dos princípios dimanaria de seu conteúdo moral, o que explicaria a vedação do herdeiro assassino de seu avô adquirir a herança, de acordo com o entendimento que ninguém poderia lucrar com a própria torpeza, assim como vedado seria a empresa esquivar-se de sua obrigação de indenizar, sustentando os estritos termos do contrato, uma vez que os fabricantes teriam uma obrigação especial, consoante o entendimento da impossibilidade dos tribunais serem instrumentos de iniquidade e injustiça.

Sendo assim, a diferença entre regras e princípios residiria em seu campo de atuação. As regras seriam aplicadas pela perspectiva do tudo ou nada, quer dizer, dado um fato “a” aplica-se uma consequência jurídica “b”. Pelo contrário, nos princípios haveria uma dimensão de peso ou importância, de modo, que os referidos padrões seriam razões determinantes numa ou noutra direção (DWORKIN, 2017).

Decerto, as regras não compreendem uma dimensão como sucede com os princípios. Ademais, as regras carecem de explicitação legal, ao passo que os princípios não têm necessidade de previsão legal ou constitucional, já que nasceriam do sistema jurídico como um todo.

Por outro lado, o antagonismo, entre regras, acarreta a declaração de invalidade de uma das regras. Logo, a desinteligência entre princípios se determina pela dimensão ou peso

para resolução do caso, de modo, que o afastamento do princípio para um caso, não significaria a invalidação do princípio.

Nesta toada, os princípios exerceriam um papel determinante para solução de casos difíceis, não previstos expressamente na legislação, como nos casos Riggs (1889) e Heningsen (1969).

Por conseguinte, os padrões decisórios obrigatórios aos magistrados seriam tanto os princípios como as regras, não existindo um poder discricionário do juiz em criar regras, nos casos não previstos expressamente em lei, sob pena de criação de direito ex post facto.

Na sequência, Dworkin (2017) indaga acerca do significado do poder discricionário. O poder discricionário possuiria três sentidos possíveis:

- a) Primeiro sentido fraco: o poder discricionário é identificado com o ato de julgar;
- b) Segundo sentido fraco: o poder discricionário é a autoridade atribuída ao funcionário público para tomar uma decisão em última instância;
- c) Sentido forte: o funcionário não estaria autorizado a adotar uma decisão fora do bom senso e da equidade.

Seguramente, o positivismo jurídico sustenta que a discricionariedade seria utilizada no sentido forte quando o magistrado poderia usar o seu poder discricionário, melhor dizendo, a decisão do magistrado não seria controlável por qualquer padrão legal.

Seguramente, Dworkin (2017) sustenta que os princípios seriam padrões jurídicos extratextuais obrigatórios por três motivos:

- a) pela capacidade de obrigar;
- b) pela possibilidade de um conjunto de princípios ditar um resultado;
- c) pelas implicações na história legislativa e judiciária coerentes com as práticas e formas partilhadas com a comunidade.

A última indagação do Ronald Dworkin consiste no questionamento se o teste de pedigree também poderia ser aplicado aos princípios (DWORKIN, 2017, p. 63, 64, 65).

Por certo, a resposta é negativa, já que os princípios são padrões jurídicos extratextuais, não encontrando arrimo em nenhuma decisão particular do Poder Legislativo ou dos Tribunais, mas na compreensão do que é apropriado.

Por outro lado, a regra de reconhecimento não poderia incluir princípios como seu fundamento, já que o teste de pedigree leva em consideração critérios unicamente formais. Não



obstante, como os princípios possuem um conteúdo moral, a sua aceitação como parte da regra de reconhecimento, a rigor implicaria na reformulação de toda tese.

Por conseguinte, não seria possível pela conceituação da regra de reconhecimento inserir os princípios como padrões jurídicos obrigatórios, o que conduz ao resultado da rejeição de todos os postulados do positivismo jurídico, já que princípios devem ser tratados como Direito.

3 A PERTINÊNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE PARA RESOLUÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS

Nesse sentido, Dworkin (2017, p. 127) formula uma teoria a respeito da decisão judicial valendo-se da análise dos casos difíceis.

Por esta óptica, o magistrado permanece apresentando a obrigação de descobrir quais os direitos dos litigantes. Não há autorização para criação de novos direitos jurídicos (DWORKIN, 2017, p. 127).

Nessa lógica, o caso difícil é o que não abarca uma regra de direito inteligível, clara e direta. Em contrapartida, o caso fácil é aquele que há um preceito de direito aplicável à espécie (DWORKIN, 2017, p. 131).

Ainda em Dworkin (2017) vê-se que ampara à sua proposição da integridade alicerçado na alegação de que o juiz não é recomendado inventar um inédito direito à parte, na ocasião em que pondera um caso difícil. Destarte, o magistrado não constitui legislador, não se originando qualquer poder normativo.

Salienta-se que o positivismo jurídico possui uma teoria de decisão para os casos difíceis. Por tal enfoque, a minguada de regra clara e explícita, o magistrado poderia agir como um legislador, quer dizer, o magistrado possuiria poder normativo em decorrência da textura aberta da linguagem (HART, 1994, p. 148).

Ronald Dworkin sustenta a sua tese de direitos fundamentado na premissa de que os juízes não deveriam criar um novo direito às partes quando da análise de um caso difícil. Os magistrados, por tal premissa, não seriam legisladores segundos ou delegados, não sendo atribuído a eles, qualquer poder normativo, de modo, que eles não seriam legisladores intersticiais.



Neste seguimento, a incumbência normativa ao magistrado como legislador, faz obliterar indispensável discriminação por intermédio de argumento de princípio e de política (DWORKIN, 2017, p. 129, 130). Nestes termos:

a) o argumento de política promove ou salvaguarda uma finalidade da comunidade como um todo;

b) a argumentação de princípio é inserida com intenção a reverenciar ou acautelar um direito de um indivíduo ou de um grupo.

Por consequência, manifesta-se a questão relativamente ao parâmetro de controle para deliberação dos casos difíceis.

Nessa significação, o magistrado tem de ser submeter à legislação, e embora o argumento de política e de princípio lograsse respaldar a atuação do Parlamento para formação de uma lei (DWORKIN, 2017, p. 131), ainda em Dworkin (2017, p. 132) verifica-se que o mesmo não se verifica no campo da jurisdição, uma vez que a decisão judicial se sustenta em princípios, por conta da equidade, indelével em uma decisão judicial.

Naturalmente, o professor Dworkin sustenta que o padrão normativo correto para resolução de um caso difícil seriam os princípios e não a política. Para tanto, se propõe a analisar o caso *Spartan Steel* (1973) para demonstrar a sua tese de que o princípio seria o padrão normativo correto para resolução de casos difíceis (DWORKIN, 2017, p. 131).

Nessa acepção, os magistrados deveriam ser subordinados à legislação e embora os argumentos de política e de princípio pudessem fundamentar a atuação do Parlamento para elaboração de uma lei, o mesmo não ocorreria no campo da jurisdição, uma vez que as decisões judiciais deveriam basear-se nos princípios e não em argumentos de política, por conta da equidade, ínsita em uma decisão judicial (DWORKIN, 2017, p. 131, 132).

No caso *Spartan Steel*, os trabalhadores da empresa *Martin & Co.* romperam um cabo de energia elétrica da fornecedora de energia elétrica da empresa *Spartan Steel* (DWORKIN, 2017, p. 131).

Daí a questão difícil de avaliar se a demandante *Spartan Steel* dispõe de direito a uma indenização pelos danos resultantes da suspensão dos afazeres originado pelo não provimento de energia elétrica (DWORKIN, 2017, p. 131).

No fundo, a indagação jurídica gravitava em torno da perquirição se o argumento de princípio retratado pelo direito a indenização predomina ou não sob o argumento de política da repartição da responsabilidade, isto é, se o demandante consegue reaver os danos pela perda de



lucro ou se isso é irrecuperável por negligência, por se tratar de uma perda econômica pura (DWORKIN, 2017, p. 131).

Compreendendo-se que isto perpassa pela aplicação dos princípios por um juiz filósofo denominado de Hércules, cuja sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana possuiria a capacidade de desenvolver uma teoria política completa, apta a justificar a Constituição como um todo (DWORKIN, 2017, p. 165).

A tarefa de Hércules consistiria na articulação dos princípios para adoção de uma solução coerente e integrada.

Com efeito, o projeto de interpretação da Constituição corresponde a incumbência do árbitro do jogo de xadrez. Neste sentido, a concepção de uma teoria constitucional discorrendo acerca de princípios, de maneira, a fundamentar todo sistema de governo, papel do magistrado Hércules relaciona-se ao papel do árbitro ao concatenar uma teoria corroborando a natureza do jogo de xadrez (DWORKIN, 2017, p. 166, 167).

Em vista disso, nos casos difíceis existe uma única resposta correta. Nestes termos, o caso difícil é deslindado pelo juiz Hércules, respaldando-se a resposta correta na noção da força gravitacional do precedente, na teoria de teia inconsútil e na tese do romance em cadeia.

Dessa maneira, a força gravitacional do precedente compreende a indispensável equidade em se explanar casos análogos do mesmo modo. Esta compreensão encaminha para uma única resposta correta, na eventualidade da integração de argumento de princípio, em outras palavras, a força gravitacional do precedente acha-se determinada pelo argumento de princípio e não por argumento de política (DWORKIN, 2017, p. 176).

Neste seguimento, na estruturação da decisão correta tem que se arquitetar um sistema coerente de princípios, confeccionando uma trama inquebrável, sem emendas ou falhas, uma autêntica teia inconsútil, obstruindo procedimento dessemelhante entre os cidadãos, o que justifica a inverossimilhança de manobrar argumento de política como razão à resposta de caso difícil (DWORKIN, 2017, p. 180).

Por esse motivo, a noção de direitos fica dilatada para uma noção mais ampla, a de integridade, alcançando-se mediante uma interpretação construtiva, uma correspondência entre a interpretação judicial e a interpretação literária (DWORKIN, 2007).

Logo, como conceito interpretativo, a decisão judicial não significa mera reprodução de decisão passada ou muito menos um salto do nada para o futuro, na qualidade de conceito



interpretativo, equivale nos dois tipos de pensamento sincronicamente (DWORKIN, 2007, p. 271).

Dessa forma, o desfecho do caso Spartan Steel significa a corroboração de que a perda econômica pura, não é questão de princípio, não obstante, uma questão política, já que a perda econômica pura é irrecuperável, porquanto fora do dever de cuidado, acarretando a improcedência da demanda.

Desse modo, os ganhos resultados da não comercialização do metal fundido no decurso de suspensão da fábrica não corresponde a indenização, posto que não decorre um princípio.

De todo o exposto, a integridade transverte a discricionariedade judicial com a inclusão de princípios como razões determinantes para solução de casos difíceis, gerando iluminação para solução desses casos, estipulando critérios para o exercício de uma prática interpretativista (DWORKIN, 2010, p. 17).

Por ora, a metodologia da leitura principiológica em casos abrangendo a interpretação da Constituição, principalmente, pela análise do Caso Brown, emerge apropriada como referência da leitura principiológica da Constituição fundamentada em argumento de princípio e não em argumentação de política (DWORKIN, 2007).

No caso Brown contra Board of Education of Topeka², os queixosos eram crianças negras em idade escolar primária residentes na cidade de Topeka.

Os queixosos interpuseram uma ação no Tribunal Distrital do Kansas, para impedir a execução de um estatuto que autorizava, contudo não obrigava, nas cidades de mais de 15.000 habitantes, conservar instalações escolares apartadas para alunos negros e brancos.

Esta norma era denominada de Estatuto Geral do Kansas (Kan. Gen. Stat. 72-1724, 1949), que, de acordo com essa autoridade, a Junta de Educação de Topeka deliberou constituir escolas primárias segregadoras, o que não era adotado por outras escolas públicas da comunidade, posto que elas eram operadas em uma base não-segregada.

O Tribunal Distrital de três juízes reuniu-se compreendendo que a segregação na educação pública possui um efeito prejudicial sobre as crianças negras, não obstante negou a pretensão pelo fato de as escolas negras e brancas equivaleriam substancialmente iguais no que

² UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education.** Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.



diz respeito a edifícios, transporte, currículos e qualificações dos professores. Daí a interposição de *certiorari*, o qual acabou concedido.

O Chefe de Justiça Earl Warren apresentou manifestação pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Neste sentido, esquadrinhou a questão com base na Décima Quarta Emenda, apesar disso fendendo com a interpretação originalista, apresentou dados fáticos e sociológicos como *ratio decidendi* cruciais para respaldar a inconstitucionalidade da política segregacionista, com este teor:

[...] MARROM vs. CONSELHO DE EDUCAÇÃO, 347 US 483 (1954). 347 US 483 BROWN ET AL. v. CONSELHO DE EDUCAÇÃO DE TOPEKA ET AL. APELO DO TRIBUNAL DE DISTRITO DOS ESTADOS UNIDOS AO DISTRITO DE KANSAS No. 1. Discutido em 9 de dezembro de 1952. Reafirmado em 8 de dezembro de 1953. Decidido em 17 de maio de 1954. Segregação de crianças brancas e negras em escolas públicas de um estado exclusivamente com base de raça, de acordo com as leis estaduais que permitem ou exigem essa segregação, as crianças negras negam a mesma proteção das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda, mesmo que as instalações físicas e outros fatores 'tangíveis' das escolas brancas e negras possam ser os mesmos. (a) A história da Décima Quarta Emenda é inconclusiva quanto ao efeito pretendido na educação pública. (b) A questão levantada nesses casos deve ser determinada, não com base nas condições existentes quando a Décima Quarta Emenda foi adotada, mas à luz do pleno desenvolvimento da educação pública e de seu lugar na vida americana em todo o país [...] (Tradução livre de Márcio Alves Figueira).

Verifica-se que Warren examinou a questão com foco na Décima Quarta Emenda, especialmente pelo prisma da igual proteção da lei, corolário do princípio da igualdade. A segregação racial acabou reputada inconstitucional, por lesionar o princípio do *equal protection of the law*, inserto na Constituição estadunidense pela 14ª Emenda.

Em síntese, a decisão respeitante ao precedente compreendeu:

- a) A proteção de direitos de grupo minoritário na sociedade norte-americana;
- b) A descontinuação da interpretação originalista da Constituição dos EUA;
- c) O emprego do princípio da igualdade, diretamente a igual proteção da lei, abarcado na 14ª Emenda;
- d) A aplicação de fato cientificamente corroborado por estudo psicológico provando o efeito deletério da segregação racial na evolução educacional do grupo segregado;
- e) A leitura principiológica da Constituição mediante o uso de argumento de princípio e não de argumento de política.

³ UNITED STATES OF AMERICA. **Supreme Court. Brown v. Board of Education.** Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.



Primordialmente, o direito significa uma prática interpretativa, isso porque a sua significação como prática social deriva necessariamente da exigência de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Desta maneira, o direito é um conceito controvertido, contestado, quer dizer, disputado (DWORKIN, 2010, p. 17).

Nesse sentido, o direito compõe-se de uma prática argumentativa. Por esta perspectiva, na elaboração do conceito deve ser atribuído valor e propósito à prática, de modo a formular concepções sobre as condições de veracidade das afirmações particulares que as pessoas fazem no contexto da prática, à luz dos propósitos e valores especificados (DWORKIN, 2010, p. 19).

Nesta sequência, a interpretação relativamente a direito é necessariamente construtiva, porque permaneceria ligada à questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-la o melhor exemplo possível de forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam (DWORKIN, 2007).

Com efeito, o interpretativismo proporciona um modelo metódico de interpretação. Em rigor, há um método de interpretação para decisão judicial como aqueles envolvendo a interpretação da Constituição (Caso Brown) (DWORKIN).

Por conseguinte, a razão da pretensão dos queixosos no caso Brown asseverava a admissão de crianças negras em escolas com bases não segregadas, sob a justificativa de que a segregação racial tolheria os menores do princípio do *equal protection of the law*, apto a violar a 14ª Emenda.

A *ratio decidendi* do julgado no caso Brown respaldou-se na alegação de inconstitucionalidade da legislação cuja base origina-se unicamente da vontade da maioria, o que impossibilita a igualdade e infringe a igual proteção da lei (DWORKIN, 2005, p. 99).

Vê-se que os princípios constituem um padrão diverso da política, particularizando-se pela aptidão para resolução de casos difíceis, não imaginados em lei, encaminhando-se em consideração o seu conteúdo moral, sem olvidar o fato da desnecessidade de sua previsão expressa na legislação.

Em outros termos, o argumento da violação do princípio do *equal protection of the law* significava entender-se violado o princípio da igualdade, pelo simples fato de existirem escolas apartadas entre crianças brancas e crianças negras, não importando a existência de fatores tangíveis iguais, como edifícios, currículos, qualificações e salários de professores.



É de salientar, que a segregação racial encontrava arrimo nas legislações estaduais, que por sua vez, faziam menção à doutrina do separado, mas igual, fruto do precedente *Plessy contra Ferguson*.

O voto de Warren parte da premissa envolvendo a impertinência da interpretação originalista para o deslindar da questão, já que não seria possível estabelecer com algum grau de certeza, qual seria a intenção dos proponentes da 14ª Emenda em relação à educação em escolas públicas, na exata medida em que na época não havia escolas públicas gratuitas para brancos e negros, tendo em vista que a educação era praticada por escolas particulares, inacessíveis aos negros.

Em rigor, Warren adota nova técnica hermenêutica, lastreada na interpretação de princípios constitucionais, de acordo com valores (que ele entendia) vigentes à época.

Dessarte, a base da leitura principiológica da Constituição aparece, de modo inquestionável, no precedente *Brown contra Board of Education of Topeka* e sistematizada pela teoria da integridade de Ronald Dworkin, norteadora de uma vertente de revisão normativa centrada em argumentos de princípio e não argumentos de política.

Dworkin (2017, p. 128) sustenta a sua teoria, fundamentado na premissa de que os juízes não deveriam criar um direito novo para as partes a quando da análise de um caso difícil. Arrematando que os magistrados, por esta premissa, não seriam legisladores (segundos ou delegados), não sendo atribuído a eles qualquer poder normativo (DWORKIN, 2017, p. 129).

Desta forma, a função de interpretação realizada pelo jurista é assemelhada a uma obra coletiva, um romance em cadeia, escrito por vários autores, no entanto nunca concluído.

Assim sendo, caberia a cada jurista o papel de intérprete e de criador do romance, isto de forma simultânea, melhor dizendo, na medida em que interpreta o que já fora escrito ele teria a função de continuar um novo capítulo do romance. Dessarte, tudo deveria guardar coerência e integridade com aquilo até então produzido (DWORKIN, 2007, p. 275).

Por isso, existe uma dimensão de adequação e interpretação necessária para o desenrolar do romance. Por adequação entende-se que não se pode escrever um novo capítulo, que não é adotado por nenhum autor. Por interpretação entende-se que deve ser escrito um novo capítulo que se ajustasse melhor a obra como um todo (DWORKIN, 2007, p. 277).

Nesse sentido, há uma diferença entre interpretar e inventar. Por certo, ao assegurar o dever do jurista de conhecer a obra produzida até então, onde assegura uma ligação com o



passado. Por outro lado, ao impor o dever de guardar coerência para escrever o novo capítulo, existe limitação para a produção futura do jurista (DWORKIN, 2007).

Dessa maneira, não poderia haver uma simbiose ilegítima entre a interpretação principiológica com a utilização de parâmetros políticos para resolução dos casos difíceis, mascarando-se a criação de novos direitos, a pretexto de colmatar omissões, ambiguidades, lacunas no direito ou esclarecer o conteúdo dos princípios, inventando e não interpretando.

Por outro lado, a dimensão unicamente legislativa no precedente *Brown contra Board of Education of Topeka*, fora desconsiderada com base em argumentos fáticos e valorativos, demonstrando, como nos ensina Dworkin (2007, p. 165) a existência de uma dimensão valorativa, tão importante quanto a dimensão fática.

Por outras palavras, no tocante aos desacordos, urge destacar a existência de níveis de divergência no direito. Na divergência empírica há discordância quanto à circunstância de fato. Na divergência teórica existe polarização acerca do que o direito é, sobre a questão de se o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito (DWORKIN, 2007, 165).

Warren, ante a não aplicação da técnica originalista, rememorou a interpretação dos próprios precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação ao caso.

No entanto, a interpretação dos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrava que, a princípio, o entendimento era no sentido de que qualquer discriminação contra negros violaria a 14^a Emenda.

Não obstante, o quadro mudou após o precedente *Plessy contra Ferguson*, estendendo-se o mesmo raciocínio daquele precedente ao campo da educação pública.

Desse modo, a questão deveria partir não da interpretação originalista ou muito menos da comparação dos fatores tangíveis, como edifícios, currículos, qualificações e salários de professores, mas do próprio efeito da segregação sobre a educação pública, prevalecendo, desta forma, valores intangíveis, demonstrados por intermédio de estudos psicológicos, contidos na Nota 11 do precedente.

Por conseguinte, o direito à educação é um pressuposto à cidadania e deveria ser disponibilizado em igualdade de condições, fazendo com que a segregação racial, por si mesma, fosse entendida como algo comprometedor do livre desenvolvimento educacional dos negros, na exata medida em que eles seriam marcados com a inferioridade ínsita à separação, o que fora comprovado por meio dos estudos psicológicos, todos citados na Nota 11 do julgado,



que demonstrariam esse efeito nocivo, motivo porque um fato comprovado, aliado a um princípio constitucional, mostrava-se relevante para declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual, contrária a um princípio constitucional.

Como resultado, a inovação do julgamento capitaneado por Warren diz respeito à sensibilidade dele não com fatores tangíveis, mas sim com fatores intangíveis, principalmente o sentimento de inferioridade decorrente da separação entre negros e brancos e seus efeitos nos corações e mentes da população apartada, o que, por via de consequência, negaria as mesmas oportunidades educacionais e violaria a igual proteção da lei.

Por isso, as crianças afrodescendentes teriam direito a escolas públicas integradas com crianças brancas, já que o sentimento de inferioridade delas, por conta da segregação, até então vigente, representaria um valor intangível apto a impedir e solapar ao princípio da igual proteção da lei contida no texto constitucional, especialmente na Décima Quarta Emenda.

Assim, a decisão de dessegregação levada a efeito no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* desconsidera o originalismo como vertente interpretativa válida para resolução da controvérsia.

Nesse sentido, o Tribunal deveria tomar decisões de princípio, não de política, de modo, a definir os direitos que as pessoas têm sob nosso sistema constitucional e não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2005, p. 101).

Cabe destacar a crítica de Dworkin (2007, p. 37) fundada no argumento de que a segregação racial seria inerentemente injusta e em desacordo com os princípios constitucionais.

Nestes termos, o decisum da Suprema Corte dos Estados Unidos significa uma solução conciliatória, que não nega peremptoriamente a doutrina do separado mais igual, já que não pois fim a segregação racial de forma imediata, ante a fórmula utilizada no julgado, a saber, a dessegregação deveria ocorrer “a toda velocidade adequada”.

Cabe sublinhar, que Sunstein (2009, p. 183) define que o papel mais incisivo dos Tribunais é justificado a partir do compromisso com a democracia deliberativa, principalmente em duas classes de litígio, relacionando-os desta forma (SUNSTEIN, 2009, p. 184):

- a) a primeira toca aos temas centrais para o processo democrático, cujos temas muitas das vezes possuem pouca probabilidade de resolução pelo processo legislativo regular;
- b) a segunda toca aos temas afetos a grupos minoritários, alijados do processo legislativo normal e com reduzidas probabilidades de obter uma audiência legislativa justa.



Nesse sentido, a crítica de Dworkin (2007) mostra-se pertinente, isto porque, “[...] dez anos após a decisão do caso Brown, apenas 1,2% das crianças negras no Sul frequentavam escolas integradas”(SUNSTEIN, 2009, p. 188).

Por consequência, não houve uma mudança social efetiva, por conta do decism, representando ele, o início do movimento dos direitos civis, culminando com o engajamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo, na aprovação da Lei dos Direitos Civis de 1964, este sim, o verdadeiro marco do processo de integração racial (SUNSTEIN, 2009, p. 188), o que demonstra ser o processo de legiferação o verdadeiro originador de direitos (HABERMAS, 1997, p. 165).

Por derradeiro, cabe assinalar que as bases da leitura moral da Constituição foram lançadas pelo precedente Brown contra Board of Education of Topeka e sistematizadas pela elegante teoria de direitos de Ronald Dworkin, norteadora de uma vertente de revisão judicial centrada no Poder Judiciário, na figura do juiz filósofo Hércules, que se utilizaria para tanto de argumentos de princípio e não argumentos de política.

CONCLUSÃO

Destarte, o positivismo jurídico patrocina uma teoria para elucidação dos casos difíceis, assentado na noção do magistrado como legislador intersticial dispendo da prerrogativa de dizer o direito, nos casos não regulados pela norma, concedendo ao magistrado a condição de um legislador parcimonioso.

De outro modo, a óptica interpretativa de Ronald Dworkin, confirma a integridade do sistema jurídico com amparo em uma leitura coerente dos princípios jurídicos, não existindo uma zona de penumbra, no qual o magistrado detém a faculdade de originar direitos, sob o subterfúgio de sua incompletude, omissão ou ambiguidade.

Em conclusão, o magistrado não constitui um legislador intersticial, não existindo qualquer faculdade de criar direito para a situação não regradada, visto que o direito é dirigido pela integridade, o qual aglutinaria um paradigma de coerência, que não expressa meramente tratar os casos equivalentes da mesma forma. Não obstante, constata-se a subsistência de um paradigma de justificação racional das decisões judiciais consistente na integridade, incorporando uma leitura principiológica de todo o sistema jurídico.



REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**, Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 8ª ed., 2018.

_____. **General Theory of Law and State**. Russell & Russell. Nov York, 1961

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Tradutores: Manasses Teixeira Martins e Rafael Triginelli, Belo Horizontes, Del Rey, 2009.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA **Supreme Court. Brown v. Board of Education**. Washington, 1954. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.