



MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELÍCIO

**DA PROPORCIONALIDADE À INTEGRIDADE: ENTRE
ALEXY E DWORKIN. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CRÍTICA
DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS**

**LAVRAS-MG
2019**

MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELÍCIO

**DA PROPORCIONALIDADE À INTEGRIDADE: ENTRE ALEXY E
DWORKIN. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CRÍTICA DA PONDERAÇÃO NA
COLISÃO DE PRINCÍPIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade
Federal de Lavras, como parte das
exigências do curso de Direito,
para a obtenção do título de
bacharel.

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

Prof. Dr. David Francisco Lopes Gomes
Coorientador

**LAVRAS-MG
2019**

Felício, Matheus Henrique Evangelista.

Da proporcionalidade à Integridade : Entre Alexy e Dworkin.

Análise jurisprudencial crítica da ponderação na colisão de princípios / Matheus Henrique Evangelista Felício. - 2019. 65 p.

Orientador(a): Leonardo Gomes Penteado Rosa.

Coorientador(a): David Francisco Lopes Gomes.

TCC (graduação) - Universidade Federal de Lavras, 2019.

Bibliografia.

1. ponderação. 2. integridade. 3. colisão de princípios.

I. Rosa, Leonardo Gomes Penteado. II. Gomes, David Francisco Lopes. III. Título.

MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELÍCIO

**DA PROPORCIONALIDADE À INTEGRIDADE: ENTRE ALEXY E DWORKIN.
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CRÍTICA DA PONDERAÇÃO NA COLISÃO DE
PRINCÍPIOS**

**FROM PROPORTIONALITY TO INTEGRITY: BETWEEN ALEXY AND
DWORKIN. CRITICAL JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF BALANCING IN HARD
CASES**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade
Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Direito,
para a obtenção do título de
bacharel.

APROVADO EM _____ de _____ de 2019.

AVALIADORA: _____

AVALIADOR: _____

Prof. Dr. Leonardo Gomes Penteado Rosa
Orientador

Prof. Dr. David Francisco Lopes Gomes
Coorientador

**LAVRAS-MG
2019**

*À minha mãe Elizabeth Irene e meu pai Mário
Maia Felício pelo apoio incondicional na
minha vida, me apoiando em tudo e sempre me
acompanhando de perto.*

*À meu irmão Mário Henrique, como mais
velho foi mais um pai para mim, me ajudando
e dando orientações.*

*À Maria Eduarda que entrou para completar
minha vida e me apoiar nos meus sonhos.*

Dedico

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, sei que não sou merecedor de seu amor e graça para
comigo.

A todos os meus familiares que me apoiaram nesta etapa importante. Em especial, novamente,
meus pais Elizabeth Irene e Mário Maia, meu querido irmão Mário Henrique e à Maria
Eduarda, sem vocês e pelo apoio de sempre eu não seria o mesmo.

A todos os professores do Departamento de Direito da UFLA que me fizeram
profissionalmente, guardo lições de cada um. Um agradecimento especial a meu orientador
Leonardo Gomes Penteado Rosa que criticou e me auxiliou neste trabalho. Um agradecimento
também ao David Francisco L. Gomes apesar da distância guardo suas lições importantes de
direito constitucional e filosofia quando professor da UFLA.

A todos meus amigos e amigas do curso de direito ou não, em especial meus amigos músicos
que nos alegramos quando tocamos. Seria um erro enumerá-los, conseqüentemente esqueceria
alguém. Quando falam que os músicos são os mais felizes eu não tenho dúvidas.

A todos os demais que direta e indiretamente fizeram parte disso.

“Falling in love with Jesus

Was the best thing I've ever done”

música de Kirk Whalum e Jonathan Butler, do

DVD The Gospel According to Jazz II

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal autorizando a prisão em segunda instância, para isso, em primeiro plano objetivou trazer a concepção de Robert Alexy e Ronald Dworkin acerca dos princípios e regras em suas perspectivas e consequente meio para resolução dos chamados casos difíceis - hard cases - aqueles que envolvem princípios. Para Alexy, a ponderação é o meio de resolução. Para Dworkin, a integridade. Após a parte teórica, pretendeu-se discutir detalhadamente as decisões do Supremo Tribunal Federal que autorizam a prisão em segunda instância, no qual argumentos de conflito entre princípios foram levantados. Paralelamente, foi estabelecido crítica à ponderação por ser limitadora a direitos fundamentais. A solução Dworkiniana é mais plausível e justificável no caso discutido, pois em breve síntese, argumentos de princípios superam políticas.

Palavras-Chave: Casos difíceis. Ponderação. Integridade. Prisão em segunda instância.

ABSTRACT

The present article have aim to discuss recent decisions of Court Supreme of Brazil that authorized jail in second instance, for that, in a first plan bring the concept of Robert Alexy and Ronald Dworkin about principles and rules and consequent environment to solve hard cases that work with principles. To Alexy the Balancing is the way. To Dworkin is Integrity. In the principal moment intended specifically discuss the judgments of Court Supreme of Brazil that authorized jail in second instance, argument about hard cases went discuss. At the same time established critic the balancing model because restricts fundamental rights. The model of Dworkin is more justify in this case, because in synthesis, arguments about principles overcome politics.

Keywords: Hard cases. Balancing. Integrity. Jail in second instance.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 REGRAS E PRINCÍPIOS EM ROBERT ALEXY	12
2.1 Teoria da Proporcionalidade	17
2.1.1 Adequação	19
2.1.2 Necessidade	21
2.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	22
3 REGRAS E PRINCÍPIOS EM RONALD DWORKIN	24
3.1 Princípios em Sentido Estrito e Princípios Políticas	33
3.1.1 Força Gravitacional dos Precedentes	37
3.2 Aspectos Conclusivos de Levando os Direitos a Sério.....	38
3.3 Direito como Integridade – Império do Direito	39
4 PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	52
4.1 A impossibilidade de prisão em segunda instancia pela teoria Dworkiniana	53
4.2 Críticas à Ponderação	60
5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

1. Introdução

O presente trabalho tem como finalidade discutir os recentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal possibilitando a prisão em segunda instância, para isso, foi necessário trazer bases teóricas de dois dos maiores juristas, intelectuais e filósofos do direito na atualidade. Refiro-me a Robert Alexy, que alicerçou seus estudos na argumentação jurídica e num estudo dos direitos fundamentais, e Ronald Dworkin, autor com grande contribuição na filosofia do Direito e no enfrentamento com o positivismo jurídico. Assim, o que se propõe aqui é expor em um primeiro momento a construção teórica acerca do direito como regras e princípios a luz de Alexy, por sua *lei de colisão* e por sua *teoria da proporcionalidade*, no qual são estabelecidos métodos racionalmente orientados para a resolução em um determinado caso de conflito entre princípios.

Em um segundo plano irei trazer a concepção de Ronald Dworkin em contraposição à tese de Robert Alexy, descrita principalmente em *Levando os Direitos a Sério e Império do Direito*, no qual apresenta outra perspectiva de como enxergar o direito e de como superar o problema dos conflitos entre os princípios. Em apertada síntese, direitos para Dworkin são *trunfos*, ou seja, são usados contra uma meta coletiva (*argumentos de política*) que em determinado caso se colidem. Ao lançar crítica ao positivismo e utilitarismo, sustenta Dworkin que os argumentos de princípios cedem pouco, ou quase nunca, em face das metas coletivas. E por isso, as teorias criticadas não seriam suficientemente liberais - argumentos esses que serão desenvolvidos na seção três.

Dworkin e Alexy apesar de se situarem num campo da teoria do direito de “superação” do direito positivo, guardam bases teóricas semelhantes como em uma necessidade de argumentação rica e lógica por parte dos operadores do direito, e também pela prevalência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Além disso, resguardam muitas diferenças as quais desejo arguir, diferenças importantes para o estudo do direito e para o próprio enriquecimento da argumentação.

De certo que toda atividade jurídica pressupõe um estudo além da teoria, mas, em um estudo de como aqueles que estão conectados com o mundo jurídico estão se posicionando, em um terceiro momento analisarei com detalhes o emblemático caso da possibilidade de prisão em segunda instância julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual os dois autores foram citados pelos ministros. A prisão em grau recursal foi tema de bastante debate e

decisões no histórico do Supremo Tribunal Federal. No mais, a discussão girou em torno se a prisão afetaria ou não o princípio da presunção da inocência. Contraposições entre princípios foram levantadas, como efetividade do direito penal frente à presunção da inocência, além da extensão do último, se abarca as questões de direito ou somente as de fato. Isso tudo será tratado no tópico quatro. Em momento posterior foi estabelecido críticas ao modelo de ponderação, por restringir facilmente direitos fundamentais, e por isso, a opção dworkiniana se torna mais plausível no caso discutido.

2. Regras e Princípios em Robert Alexy

Em seu famoso livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Robert Alexy dedicou-se na análise dos direitos fundamentais a partir da Constituição Alemã de 1949 (ALEXY, 2008, pág. 31). Assim, o livro em seu capítulo terceiro denominado “A estrutura das normas de direitos fundamentais” se propõe a examinar a forma das normas. A primeira diferenciação que Alexy se depara é que as normas jurídicas são divididas entre regras e princípios. Para o autor, a diferenciação é à base da teoria da fundamentação e a solução para os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, pág. 85), vai dizer: “A distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, e desse modo, Alexy se dedica a uma diferenciação clara entre eles.

Para Alexy, princípios e regras são normas no sentido de que ambas determinam um dever-ser, ou seja, ambas determinam proibições e permissões. A primeira tentativa de diferenciação clara que o autor se delimita é a da *generalidade*, princípios expressam generalidade elevada, enquanto as regras representam generalidade baixa, e cita: a norma que garante a liberdade de crença com alta generalidade e a norma que determina que todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença são exemplos de princípio no primeiro caso e de regras no segundo. Noutra tentativa, expressa Alexy que a diferenciação se dá quanto à *forma de seu surgimento*, entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas”.

A partir desses critérios de diferenciação, Alexy levanta três principais teses que guiam a distinção entre regras e princípios. A primeira tese sustenta que toda a tentativa de divisão entre regras e princípios estaria “fadada ao fracasso”, pois podem existir normas com alto grau de generalidade, mas que orientam claramente os critérios e argumentos jurídicos. A segunda tese determina que as normas possam ser divididas entre princípios e regras, mas que

essa diferenciação se dá em *grau*, ou seja, está intimamente ligada ao grau de generalidade citado acima. A terceira tese cita que a diferença não se dá por *grau*, mas *qualitativamente*, e é a que Robert Alexy irá discorrer no capítulo.

Para Alexy, os princípios são *mandamentos de otimização*, ou seja:

São caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, pág. 90).

E as regras são:

Normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, pág. 91).

Robert Alexy na tentativa de conceituar princípios e regras rejeita que a diferenciação se dá por *grau*, ou seja, aquela determinada pela generalidade e assume que a diferença entre princípios e regras é *qualitativa*. Deste modo, sustenta que *princípios* e *regras* são espécies do gênero *norma*. Os princípios são *mandamentos de otimização* e regras são *determinações*.

Feitas as considerações alexyanas iniciais acerca do seu ponto de partida na investigação teórica das normas, o caminho próximo que Alexy sugere é que a clareza na identificação de regras e princípios se intensifica ainda mais quando eles conflitam entre si ou uns aos outros (ALEXY, 2008, pág. 91). E o primeiro a ser analisado é o conflito entre as regras.

Para Alexy algum conflito entre as regras só pode ser solucionado a partir de dois prismas. Sendo o primeiro, dever-se-á criar uma *cláusula de exceção*, e segundo, em algum caso de conflito entre elas - se não criado uma cláusula de exceção - uma delas deve ser *declarada inválida* ou extirpada do ordenamento. Para Alexy, são resolvidos os problemas de conflitos entre as normas criando no primeiro momento uma cláusula de exceção, no qual determina a peculiaridade do caso concreto ou extraindo uma das regras do ordenamento, por motivos variados, dos quais veremos a seguir. Para ilustrar a diferenciação Alexy usa o seguinte exemplo: Se tiver duas regras, uma que expressa que é proibido sair da sala de aula sem que o sinal toque e outra que expressa que todos devem deixar a sala de aula quando o sinal de incêndio ecoar, deve ou criar uma cláusula de exceção ou retirar uma dessas regras do ordenamento.

Assim, a validade jurídica das regras é taxativa, ou é válido ou não é, “não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos” (ALEXY, 2008, pág. 92). Isso posto, ainda se tem problemas quando não se determina quais das regras devem ser retiradas dos ordenamento, ou seja, não se cria parâmetros identificáveis. Para Alexy, esse problema pode ser solucionado com *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga leis genéricas, respectivamente. Para ilustrar, Alexy traz outro exemplo no qual uma regra estipulada pelo Estado de Baden na Alemanha dispunha acerca do funcionamento do comércio, e determinava que as lojas devessem ser fechadas às 13h na quarta-feira. Noutro sentido, certa lei federal estabelecia que o horário de funcionamento do comércio fosse entre 7 e 19h. Não se pode assim as duas regras permanecer no ordenamento, pois a ação seria tanto permitida quanto proibitiva. Assim, estabeleceu o Tribunal Constitucional Alemão que a lei federal tinha prioridade a lei estadual, conforme dispunha a Constituição Alemã em seu artigo 31, declarando nula a lei estadual.

Já na colisão entre princípios a forma de enfrentamento é diversa, se dispõe um princípio que algo é proibitivo e outro princípio dispõe algo permitido, para Alexy “um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, pág. 93). Nenhum será declarado inválido, ambos permanecerão no ordenamento, mas, o que acontece é que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (Ibidem). Dessa forma, em Alexy temos que “os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2008, pág. 94). Assim, os conflitos entre princípios são avaliados na dimensão do *peso*, já as regras na dimensão da *validade*.

O próximo passo que Alexy caminha e que iremos acompanhar é o que ele determina como *lei da colisão*, no qual ao estilo alexyano métodos matemáticos são usados para exemplificar através de fórmulas e números dos quais veremos a seguir. O caso concreto estipulado por Alexy é que determinado acusado em audiência devido à tensão do tipo de procedimento poderia sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Da mesma maneira, há uma necessidade do ente estatal na *aplicação adequada do direito penal*. Assim, nenhum princípio tem-se por si só prioridade sobre o outro (ALEXY, 2008, pág. 95), deve sopesar os interesses conflitantes. Para Alexy, a resolução desses conflitos se dá “no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2008, pág. 96). As *precedências condicionadas* são as condições das

quais um princípio tem precedência sobre outro (Ibidem). As *precedências incondicionadas* não existem em Alexy, pois “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”. Assim, as fórmulas matemáticas de Alexy ficam do seguinte modo: P1 é o direito à vida e integridade física do acusado na audiência do caso que estamos discutindo e P2 é a operacionalidade do direito. Desse modo, a fórmula P1 **P** P2, do qual **P** significa Precedência está incorreta, pois P1 não tem precedência incondicionada sobre P2. Do mesmo modo, o contrário é válido, P2 **P** P1. Para Alexy, a fórmula correta seria (P1 **P** P2) C ou (P2 **P** P1) C, do qual C significa *condições de precedência*. Determinando que um princípio tenha precedência sobre outro sob determinadas condições. Assim, se é verdadeira a fórmula (P1 **P** P2) C - ou o contrário - temos uma consequência jurídica R. Então, C é o suporte fático de R. C seria as condições, a realidade casuística, o fato em si. Desse modo, se extrai uma regra, aquilo que Alexy chama de *lei da colisão*. Ela é importante, pois:

Reflete a natureza dos princípios como mandamento de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo constituem elas a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. (ALEXY, 2008, pág. 99).

O que Alexy pretende demonstrar é que a Lei da Colisão gera uma espécie de regra, ou seja, o resultado de uma ponderação gera uma regra no sentido de que em determinadas condições um princípio prevalece sobre outro. Vejamos outro exemplo que Alexy discorre no qual clareia suas afirmativas. Determinada emissora de televisão planejava exibir certo documentário que contava a história de quatro soldados que foram mortos enquanto dormiam na sentinela, além das armas do local militar serem roubadas para cometer mais crimes. Assim, certo condenado desse crime estava perto de ser liberto quando do lançamento do documentário, de tal modo que a exibição do mesmo afetaria sua ressocialização. O Tribunal Constitucional Alemão considerou colisão ou conflito de princípios na medida em que de um lado P1 se tem a proteção da personalidade e de outro P2 a liberdade de informar. Em um primeiro momento o Tribunal argumenta que há uma precedência geral de informar no caso de uma informação atual dos condenados. Assim, fica (P2 **P** P1) C1, seguindo a mesma lógica anteriormente utilizada, P2 (liberdade de informar) tem **P** (precedência) sobre P1 (direitos da personalidade) em Condições C1. Ressalta Alexy essa precedência é geral ou básica, nem toda informação atual é permitida (ALEXY, 2008, pág. 101).

Porém, em outro momento o Tribunal levanta o argumento de que a *repetição de uma notícia sem interesse atual* colocaria em risco a ressocialização do autor, o que proibiria a veiculação do documentário. Assim, (P2 P P1) C2. C2 é composto por quatro condições sendo: (repetição/ausência de interesse atual pela informação/grave crime/risco à ressocialização). Os quatro itens são o suporte fático de uma regra. O que propõe Alexy é que: “uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, pág. 102). E conclui: “Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (Ibidem).

Ainda na intenção de diferenciar as regras dos princípios, Alexy sustenta a ideia de que ambos se diferem no caráter *prima facie*, ou seja, “dever-ser”. O princípio é “realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2008, pág. 104). Desse modo, os princípios “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (Ibidem). Já as regras não, elas tem a “determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Supõe Alexy que se poderia imaginar que sempre os princípios têm o caráter *prima facie* e as regras o mesmo caráter definitivo. O que para ele estaria presente na obra de Dworkin, que estabelece que as regras são “tudo-ou-nada” e os princípios são razões que indicam uma direção. Doutro modo, Alexy sustenta que a cláusula de exceção aplicada nas regras pode ser em virtude de princípios e elas sequer são enumeradas, pois não é possível ter certeza de que em um novo caso não será necessária uma nova cláusula. Assim, a perda de caráter definitivo dessas regras é diferente nos princípios. Nos princípios, o caráter *prima facie* “pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classe de princípios” (ALEXY, 2008, págs. 105 e 106). O que interessa para o autor é que mesmo com carga argumentativa aplicada aos princípios ele não iguala seu caráter *prima facie* às regras. Para Alexy, as regras são mais fortes e diferentes.

O que se pretendeu nesta primeira parte do capítulo dois foi arguir a diferença entre regras e princípios na perspectiva de Robert Alexy. A diferença é de suma importância para o

passo a seguir no qual a proporcionalidade é o meio que o autor considera racional para a resolução dos chamados casos difícil. Em suma, pode-se compreender que regras atuam de modo totalmente diferente dos princípios, elas são *determinações*. Atuam com um grau de certeza forte no ordenamento. E em casos de conflito entre regras uma deve ceder. Por funcionarem no campo da *validade*, uma será extirpada. A menos que se crie uma cláusula de exceção. Já os princípios são *mandamentos de otimização*. Eles são avaliados na lógica do *peso*. Em um caso de conflito o que tiver mais *peso* prevalecerá. O princípio da proporcionalidade veio para resolver os casos de conflito entre esses princípios e que é o objetivo deste trabalho.

2.1. Teoria da Proporcionalidade

Exposto que no ordenamento existem os princípios e que eles são satisfeitos em graus variados a depender da situação fática e jurídica, e que o meio para resolver a resolução de conflitos entre esses princípios é a proporcionalidade pela lei de colisão, resta debruçarmos de onde vem a máxima da proporcionalidade¹.

As três máximas da proporcionalidade - a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - vem da natureza dos princípios. Citando o Tribunal Constitucional Federal, Alexy vai dizer que a máxima da proporcionalidade decorre “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, pág. 117). Quando um princípio colidir com outra de mesma natureza é necessário o sopesamento:

Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é dedutível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, págs. 117 e 118).

A proporcionalidade em sentido estrito trabalha no campo das *possibilidades jurídicas*. A necessidade e adequação no das *possibilidades fáticas*.

A proporcionalidade nas palavras de Humberto Ávila é o que estrutura quando princípios se imbricam no qual se deve ter uma *relação de causalidade* entre um *meio* e um

¹ Máxima da Proporcionalidade é o denominado “princípio da proporcionalidade” vide (ALEXY, 2014, pág. 117) Nota de Rodapé 84.

fim (ÁVILA, 2018, pág. 206). Sem os três elementos não há a aplicabilidade da proporcionalidade. “A proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*” (ÁVILA, 2018, pág. 207). Há sempre que levar em consideração na análise da proporcionalidade nas três etapas - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - a relação meio/fim. Na *adequação* às possibilidades da medida levar à realização da finalidade. Na *necessidade* se a medida for menos restritiva aos direitos envolvidos dentre outras para atingir a finalidade. Na *proporcionalidade em sentido estrito* se a finalidade pública for forte de modo que justifique a restrição. O fim significa “um estado desejado de coisas” (ÁVILA, 2018, pág. 208). Assim, para o exame da proporcionalidade há de se ter o fim que se deseja.

Humberto Ávila então distingue *fins internos* de *fins externos*. Fins internos são aqueles que residem na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação, ou seja, medidas devem levar em consideração pessoas e situações para determinados tratamento. Assim como a culpa com pena, a pena deve ser correspondente à culpa. Fins externos referem-se a “estabelecerem resultados que não são propriedades ou características dos sujeitos atingidos, mas que se constituem em finalidades atribuídas ao Estado, e que possuem uma dimensão extrajurídica.” (ÁVILA, 2018, pág. 209). Assim, são fins que podem ser empiricamente dimensionados. Aqui, Ávila distingue a proporcionalidade de outros postulados como *justa proporção*:

(...) enquanto esse exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo, o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. (Ibidem).

da *ponderação de valores*:

(...) esse último exige a atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação, ao passo que o postulado da proporcionalidade contém exigências precisas em relação à estrutura de raciocínio a ser empregada no ato de aplicação. (Ibidem).

e da *razoabilidade*:

(...) esse exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins. (Ibidem).

O que Humberto Ávila deseja mostrar é que o princípio da proporcionalidade se distingue de outros pela relação meio/fim.

Antes de adentrar especificamente nos denominados subprincípios da proporcionalidade é importante frisar que esses subprincípios devem ser analisados sob uma ordem cronológica. Primeiro se analisa a *adequação*, depois a *necessidade*, e por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*. Para Virgílio Afonso da Silva a importância dessa ordem fica evidente quando “a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*” (SILVA, 2002). Há entre os subprincípios uma relação de subsidiariedade. Só há obrigação de analisar a *necessidade* se superada a *adequação*. Do mesmo modo, só há obrigação de analisar a *proporcionalidade em sentido estrito* se superada a *necessidade*.

2.1.1. Adequação

A *adequação* é uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim (ÁVILA, 2018, pág. 210). “Meio considerado apto para alcançar o resultado pretendido” (ÁVILA apud SILVA, 2002). Gilmar Ferreira Mendes citado por Virgílio A. da Silva vai conceituar como: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser *alcançado*”². De um modo mais simples podemos dizer que a *adequação* é a análise se determinada lei, por exemplo, por mais que viole outro princípio - em primeiro plano - é eficiente no seu objetivo. A análise deve pautar em se o objetivo de determinado ato jurídico - seja lei, ato administrativo etc. - vai ser fomentado se esse ato for validado. Se sim - for alcançado -, o ato jurídico é *adequado* na perspectiva alexyana.

A fim de ser mais explicativo no conceito irei apresentar o exemplo dado pelo Virgílio Afonso da Silva da ADIn 855-2. Trata-se de uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) na qual objetiva proteger os direitos do consumidor e assim determinou que todos os botijões de gás vendidos devessem ser pesados em frente ao consumidor. Isso garantiu que não haveria variações no peso dos botijões de gás, as sobras de botijões seriam devidamente ressarcidas ao consumidor. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva a análise da adequação deve-se

² Virgílio Afonso da Silva critica a tradução da palavra “fördern” do alemão como “alcançado” feito pelo Gilmar Mendes. Para ele, a tradução correta seria “fomentar”. A fim de padronização, este trabalho acompanha Virgílio Afonso da Silva e o mais correto seria “fomentar”.

questionar “se a medida empregada promoveria a defesa do consumidor” (SILVA, 2002). E a resposta obviamente seria sim. De fato, se implementada a medida o subprincípio da *adequação* estaria satisfeito. A medida promoveria a defesa do consumidor. Aqui, voltando ao conceito de Humberto Ávila, o *meio* - a referida lei - é suficiente para promover o *fim* - defesa do consumidor.

Para Humberto Ávila, o exame da *adequação* deve responder três questões (a) O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? (b) Como deve ser analisada a relação de adequação? E, (c) Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?

Na primeira questão Ávila considera que para responder deve-se analisar em três aspectos: o quantitativo, qualitativo e probabilístico. Vai dizer:

Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio. (ÁVILA, 2018, pág. 210).

Desse modo, pode-se entender que a administração pública deverá sempre adotar a melhor perspectiva, ou seja, aquela com o maior aspecto quantitativo, o melhor qualitativo e o com mais certeza nos probabilísticos. Porém, não é correto, pois a análise da *adequação* objetiva apenas relacionar o meio com o fim. Se o meio é pouco eficiente, mas de algum modo atinge o fim ele é adequado: “devem escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que esse não seja o mais intenso, o melhor, nem o mais seguro.” (ÁVILA, 2018, pág. 211).

Na segunda questão (Como deve ser analisada a relação de adequação?), Ávila propõe que para responder é necessário analisar três dimensões: abstração/concretude, generalidade/particularidade, antecedência/posterioridade. Abstrato é se o fim é possivelmente realizado com um ato da administração abstrato. Concreto é quando o ato da administração atinge concretamente aos indivíduos. Generalidade se refere a uma quantidade geral de afetação do ato da administração quando se afeta a um grande número de pessoas. A particularidade é quando se afeta a um indivíduo isoladamente. Antecedente é o ato que o administrador planejou bem e previu os seus efeitos. Posterior é a avaliação do administrador se a medida obteve seu fim. Assim, torna-se necessário saber o que significa adotar uma medida adequada. Para Ávila, se está analisando em um caso geral, com alcance maior “a

medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim” (ÁVILA, 2018, pág. 213), se analisa caso individual “a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim” (Ibidem). Ambos devem ser analisados no momento anterior da escolha.

Na terceira questão (Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração?) há dois tipos de controle para resposta: o forte e fraco. No forte “qualquer demonstração de que o meio não promove a realização do fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa” (ÁVILA, 2018, pág. 214). No controle fraco “apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim” (Ibidem). Assim, o controle mais plausível é o fraco, pois a separação dos poderes exige autonomia e independência dos órgãos. De modo que “o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros poderes se sua inadequação for *evidente* e não for de qualquer modo plausível, justificável” (grifo nosso) (ÁVILA, 2018, pág. 215).

2.1.2. Necessidade

Para saber se determinado ato administrativo/estatal vai ser *necessário* é relevante avaliar se a “realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2002). O exame da *necessidade* trata-se de avaliar outros meios no qual realizam o objetivo - o fim - na mesma medida daquele inicialmente proposto e que afetam menos os direitos fundamentais em conflito. A pergunta que se deve fazer é: Existe outro meio que alcança o objetivo e ainda assim afeta menos os princípios em conflito? Se sim, o meio inicial não é necessário.

No caso do botijão de gás - ADIn 855-2 - descrito acima, podemos analisar a necessidade no seguinte sentido: O conflito entre princípios nesse caso é entre o da *proteção ao consumidor* contra *livre iniciativa*. A restrição ao direito fundamental da livre iniciativa se dá porque a exigência de balanças leva o mercado a investir em tecnologia o que pode levar a ruína econômica das empresas³. Assim, propôs como medida alternativa a pesagem dos botijões por amostragem, realizado pelo Poder Público. Acontece que a medida alternativa -

³ Argumento levantado pela autora da ação, descrito no artigo “O proporcional e o Razoável” do Virgílio Afonso da Silva na pág. 40.

pesagem por amostragem - não alcança o objetivo principal - o fim - que é garantir ao consumidor individual a verdadeira pesagem dos botijões para que ele pague o preço justo. Desse modo, a lei que exige o uso de balanças para pesagem de botijões de gás é *adequada e necessária* em sentidos alexyanos. Necessária, pois o meio alternativo não cumpre com o fim proposto e não se demonstrou outros meios - no caso em questão - que afetasse menos os direitos fundamentais resguardando o objetivo de proteger o consumidor.

Humberto Ávila vai dizer que a necessidade envolve duas etapas, “o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; e em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados” (ÁVILA, 2018, pág. 217). No exame da igualdade de adequação dos meios a questão que surge é se devem analisar todos os aspectos para a verificação de quais meios melhor abrange o fim. Para Ávila, deve-se respeitar a separação dos poderes e a medida primeira adotada pela administração pública, pois para ele sempre é possível imaginar um meio melhor que o inicialmente adotado. Afastando-se o meio somente se ele for menos *adequado* que o outro. O exame do meio menos restritivo é nas palavras de Ávila “mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos” (ÁVILA, 2018, pág. 218).

Ainda seguindo o pensamento de Ávila, a *necessidade* não é tão simples como parece, pois se analisarmos somente entre a escolha do meio menos restritivo já partindo da premissa que ambos meios atingem o fim na mesma proporção é evidente que a opção do meio menos restritivo é a melhor. Se tivermos os meios A e B que atingem o fim na mesma proporção, porém o B fere mais os direitos fundamentais é claro que preferíamos pelo A. Porém, o processo se complexifica quando os meios são diferentes não só na afetação dos direitos fundamentais, mas em sua finalidade. Os meios têm valores diferentes no objetivo e na afetação dos direitos fundamentais. Ávila questiona “Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?” (ÁVILA, 2018, pág. 219). A isso acredito ser respondido no tópico seguinte.

2.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito

A última etapa da proporcionalidade é a *proporcionalidade em sentido estrito* que “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002). Para Humberto Ávila, consiste na “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2018, pág. 219). A ponderação propriamente dita é o momento em que se analisa a tamanha afetação da restrição do direito fundamental perante a tamanha realização do outro direito fundamental. Para que uma medida seja considerada reprovada na proporcionalidade em sentido estrito “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido” (SILVA, 2002).

Na *proporcionalidade em sentido estrito* em muitas das vezes o exame daquilo que é vantajoso no caso ou não depende da avaliação subjetiva do intérprete (ÁVILA, 2018, pág. 219). Pois cabe a ele decidir o que tem mais *peso* no caso.

Para ser mais claro no conceito, no exemplo que estamos avaliando - do botijão de gás - o que se deve fazer é avaliar se a *proteção do consumidor* consubstanciada na pesagem dos botijões justifica frente ao princípio da *livre iniciativa*. A pesagem afetaria de fato o princípio da livre iniciativa? Ou se prevalecesse a *livre iniciativa* os *direitos do consumidor* estaria gravemente violado? Essas questões devem ser avaliadas. Na nossa perspectiva juntamente com Virgílio Afonso da Silva nesse caso prevalece o princípio da *proteção do consumidor* visto que a limitação à *livre iniciativa* é pouca, e de modo algum o princípio em sua essência foi afetado. A livre iniciativa tem pouco *peso* nesse caso e a imposição da medida não o restringiria. Do mesmo modo, se avaliarmos na perspectiva do princípio da *proteção do consumidor* se ele não prevalecesse o seu objetivo - fim - não seria alcançado - que seria a garantia dos consumidores em comprar ou trocar os botijões pelo preço justo, visto que o meio atinge o fim (*adequado*) e não houve outros meios que suprisse sua falta integralmente que restringe menos os direitos fundamentais (*necessário*) além do que a limitação à *livre iniciativa* é pouca comparada a sua possível limitação (*proporcional em sentido estrito*). Portanto, na análise comparativa os *direitos do consumidor* estariam muito mais afetados se não prevalecesse do que a *livre iniciativa*. Nesse caso, a *livre iniciativa* tem pouco *peso* frente aos *direitos do consumidor*. Porém, o STF entendeu de modo diverso, para ele a livre iniciativa seria mais violada se não prevalecesse e, portanto, teve mais peso.

O objetivo desse capítulo foi trazer bases teóricas acerca do que Robert Alexy compreende a colisão de princípios. Em primeiro momento foi conceituado em seus termos regras e princípios, noutra, foi exposta a proporcionalidade, o meio que se chega a um resultado de sopesamento entre princípios que seja racional.

O método de resolução de conflitos entre princípios de Alexy é comumente usado pela jurisprudência brasileira, e conseqüentemente muito criticado, pela simples estipulação de que um direito seja maior que outro, e que se espera é que uma teoria seja substantiva, a isso parece soar como falha da teoria da proporcionalidade. No entanto, outro autor de igual importância tem muitas semelhanças e muitas diferenças ao mesmo tempo com Robert Alexy. Trata-se de Ronald Dworkin, autor com importância no enfrentamento com o positivismo jurídico e com imensas contribuições para o estudo das regras e princípios além do conflito entre princípios. O tópico seguinte será dedicado a ele, na mesma lógica, em um primeiro momento conceituando o que entende por regras e princípios, noutra, expondo a solução para os conflitos entre princípios trazendo a integridade como base.

3. Regras e Princípios em Ronald Dworkin

A distinção entre regras e princípios em Ronald Dworkin é levantada em sua primeira obra denominada *Taking Rights Seriously*, na versão traduzida por *Levando os Direitos a Sério*. A obra reúne uma série de artigos publicados nos anos 60 e 70 até a publicação deste em 1977. Portanto, é importante salientar que Dworkin escreveu antes de Robert Alexy e sua compreensão de regras e princípios foi complementada por Alexy, que muito provavelmente o leu. Logo na introdução Dworkin enuncia seu projeto: “os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal de direito” (DWORKIN, 2002). O pano de fundo do livro dá o tom de uma teoria liberal do direito. Para ele, o liberalismo teria perdido seus atrativos tanto pelas pessoas mais novas quanto pelas mais velhas. Teorias denominadas liberais como *positivista* e *utilitarista* não correspondiam em sua essência o liberalismo. E por isso, criticá-las é sua missão para enfim anunciar sua teoria. A que seria suficientemente liberal ao modo que responderia aos anseios do liberalismo.

A crítica ao positivismo realizada por Dworkin descrito no Capítulo 2 do citado livro denominado “Modelo de Regras I”, é o mais lido e comentado nos estudos de filosofia do

direito. E por isso, é necessário aqui expô-la, pois está ali a sua base teórica dos conceitos, seja de regras ou princípios.

No início do capítulo Dworkin indaga acerca da complexidade do conceito de “direitos” e de “obrigações” além de que essas são questões embaraçosas quando se lidam com problemas específicos, pois as teorias até o momento não dão respostas corretas aos casos. Questiona se determinada pessoa que argumenta em favor do direito à privacidade sem se quer ter jurisprudência ou lei em referência poderá ter pleiteado seu questionamento. Nesses casos complexos os tribunais não têm uma resposta a eles. Dworkin coloca que um conjunto de juristas denominado “nominalistas” argumentam que o melhor meio de resolver esses problemas é simplesmente ignorá-los. Para os nominalistas, quando se fala sobre o conceito de direito denominam como um “conjunto de regras atemporais, estocados em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre *obrigações jurídicas*, estamos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta” (DWORKIN, 2002, págs. 25 e 26). Assim, Dworkin não considera essa “teoria mecânica do direito” - que existem regras e cadeias - suficientemente capaz de resolver casos complexos e anuncia seu ataque à teoria positivista, focada principalmente na obra de Herbert Hart.

Para Dworkin a teoria positivista possui como base algumas premissas básicas que podem variar de pessoas, mas que mantêm o esqueleto nos seguintes modos:

- (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.
- (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.
- (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha

de fazer alguma coisa. (dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem). Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (DWORKIN, 2002, págs. 27 e 28).

Em síntese, o positivismo para Dworkin é composto de três principais premissas: a de que é composto por um conjunto de regras e que essas regras são validadas ou não por um teste, denominado teste de *pedigree*. Que todos os casos devem ser cobertos por essas regras, se não estiver quer dizer que não se tem aplicação imediata do direito, sendo assim, cabe ao juiz com sua discricionabilidade complementar o direito. E que não há obrigação jurídica fora das regras.

Na concepção de Dworkin o positivismo de Hart é considerado o mais sofisticado. Hart em contraposição à Austin cita que as regras são de tipos primários ou secundários. Primários, pois “concedem direitos ou impõem obrigações” (DWORKIN, 2002, pág. 31). Secundárias, pois “estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas” (Ibidem). Outra conhecida distinção de Hart a Austin diz respeito à: *ser compelido* e *ser obrigado*. Para Austin, um assaltante que obriga uma pessoa a passar dinheiro é o conceito de direito de uma ordem baseada em uma ameaça. Para Hart, o exemplo do assaltante é uma abordagem reducionista do conceito de obrigação, pois difere “ter obrigação de” de “ser obrigado a”. O “ser obrigado a” é um fator psicológico, no qual haver uma ameaça não é suficiente. Para Hart, toda obrigação pressupõe uma regra, se não há uma regra não há obrigação, mas nem toda regra produz obrigação, podem produzir deveres, por exemplo. Sendo assim, ele mostra que o direito é composto por regras que nem sempre impõem sanções, como aquelas que regulam contratos e processos, que organizam atividades. A elas, contrapõem-se inteiramente o que propunha Austin em regras baseadas em sanção.

Hart considera duas fontes para a autoridade de uma regra:

(a) uma regra pode tornar -se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo aceita a regra como padrão de conduta. Não basta simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. Ainda que a maioria dos ingleses possam ir ao cinema sábado à noite, eles não aceitaram uma regra que exige que eles façam isso. Uma prática contém a aceitação de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem.

(b) Uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas serão obrigatórias. Por exemplo, se o contrato de fundação de um clube estipula que os estatutos poderão ser adotados pela maioria de seus membros, então os estatutos particulares que forem aprovados dessa maneira serão obrigatórios para todos os membros, não devido a qualquer prática de aceitação desses estatutos particulares, mas porque o contrato de fundação assim estabelece. Nesse contexto, usamos o conceito de validade: regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras “válidas”. (DWORKIN, 2002, pág. 32 e 33).

Assim, para Hart as sociedades primárias contêm somente regras primárias, pois as obrigações são devidas as práticas sociais aceitas. Com a evolução da sociedade desenvolveu-se o critério que estabelece aquilo que é uma regra, ou seja, algo que estipula as regras jurídicas, esse critério é a regra de reconhecimento. Regra de reconhecimento é, portanto, no positivismo de Hart o critério que estabelece se determinada regra é ou não jurídica, ou se são meramente regras sociais. Ela é aceita, não válida.

Em síntese, a concepção de Dworkin acerca do positivismo é de: “um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2002, pág. 36). Esses padrões que não são regras, Dworkin denomina como *princípios em sentido estrito* ou *políticas*, ambos são *princípios* no sentido genérico. Mas a distinção entre esses outros padrões ficará adiante. O que interessa aqui conforme o próprio Dworkin enuncia é a distinção entre *princípios* no genérico e *regras*.

Dois exemplos são trazidos. O primeiro trata-se do caso *Rigg vs Palmer*, no qual o tribunal deve decidir se um neto receberá a herança de seu avô ou não. No testamento estava explícito que seria para ele. Consciente disso, o neto matou o avô. Se o tribunal seguir o testamento a herança iria para o neto, porém sua decisão partindo das máximas gerais do direito estabeleceu que “a ninguém é permitido lucrar com sua própria fraude, beneficia-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN apud 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 [1889]). Outro caso, o *Henningsen vs Bloomfield Motors, Inc.* trata-se saber até onde vai a responsabilidade do fabricante de automóveis com defeito. Henningsen sofreu acidente e no contrato assinado com a empresa de automóveis restringia ao conserto pela empresa somente das partes defeituosas. Não tinha regra nem contrato que expandisse a responsabilidade da empresa, porém, o tribunal decidiu conforme os padrões jurídicos em prol de Henningsen,

dentre outros com o seguinte argumento: “Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros” (DWORKIN apud 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 [1960]). Esses casos são levantados por Dworkin para demonstrar que os juízes e a prática do direito aplicam esses padrões morais denominados princípios que são complexos e que impõem obrigações às partes por sua natureza e dimensão de justiça. As regras do positivismo são insuficientes a esses casos e por isso o positivismo não consegue responder aos casos difíceis. O direito é mais complexo do que aquele descrito pelo positivismo.

A esses padrões estabelecidos nas decisões, Dworkin vai dizer que não são do tipo de *regras* jurídicas, são *princípios* jurídicos. Sua natureza é outra. Vide:

Os padrões especificados nessas citações não são do tipo que conhecemos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como “A máxima da velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora” ou “Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas”. Eles são princípios jurídicos e não regras jurídicas. (DWORKIN, 2002, pág. 39).

A diferença se dá pela natureza da orientação. As regras são aplicáveis da maneira *tudo ou nada*, isso significa que: “Dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, pág. 39). O exemplo colocado por Dworkin é do jogo de beisebol, no qual existe uma regra que enuncia se o bateador errar três vezes está fora do jogo. Desse modo, o juiz ao analisar o caso não pode estabelecer que se ele errou três vezes ainda continua no jogo, porém, em alguns casos podem conter exceções, e um enunciado correto da regra levaria em conta essas exceções que são enumeráveis na perspectiva dworkiniana, fazendo com que o enunciado da regra seja mais completo. Assim, em comparação ao direito, a regra do jogo exerce o mesmo modelo daquela que estabelece que necessite de três testemunhas para a validação do contrato.

De modo diverso é a atuação dos princípios. Eles não são enumeráveis, pois “teríamos que incluir não apenas casos nos quais alguma instituição já estabeleceu que pode-se obter lucro através de atos ilícitos, mas também aqueles inumeráveis casos imaginários aos quais, sabemos de antemão, o princípio não se aplica” (DWORKIN, 2002, pág. 41). Princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim]

necessita de uma decisão particular” (Ibidem). Princípios indicam uma razão, mas do mesmo modo, outros princípios ou políticas podem ir noutra direção do mesmo caso, e aquele com maior força prevalecerá, mas isso não invalida o outro. Em outro caso ele pode prevalecer.

A distinção entre princípios e regras se dá quando da proposição: “o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros” (DWORKIN, 2002, pág. 42) não parece conforme Dworkin cita “definir deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, nem nos informa que direitos os compradores de automóveis adquirem em consequência dela” (Ibidem). Eles enunciam padrões mais elevados - no caso - do que outros fabricantes e por isso são princípios. De modo algum se pretende mudar os contratos, mas garantir quando uma cláusula parecer injusta ou onerosa.

Para Dworkin princípios:

(...) possuem uma dimensão que as regras não tem - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2002, págs. 42 e 43).

E regras:

As regras não tem essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (...). Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. (DWORKIN, 2002, pág. 43).

Dworkin aqui demonstra a natureza diferente de regras e dos princípios, porém considera que mesmo assim a distinção pode se tornar difícil. Indaga Dworkin se a primeira emenda da Constituição Americana que dispõe que o Congresso não pode cercear a liberdade de expressão é um princípio ou regra. Para ele, a diferença se reduz a uma questão de forma. Palavras contidas em regras como “razoável” “negligente” “injusto” “significativo” indicam razões de princípios. E é necessária a busca aos princípios para a sua aplicação - das regras.

Depois de identificado os princípios com atuação jurídica, Dworkin coloca que após a adoção de um princípio como no caso *Rigg e Henningsen* ele é tratado como regra: “depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular” (DWORKIN, 2002, pág. 46). Questiona Dworkin se eles - os princípios - teriam força suficiente para impor

obrigações jurídicas, se sim, diferentemente do que positivismo pensava - que somente as regras impunham obrigações - os princípios também teriam tal poder. Dworkin “trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente.” (DWORKIN, 2002, pág. 48). Assim, quando os juízes aplicam os princípios estão conseqüentemente aplicando *direitos e obrigações*.

Há no entendimento do positivismo que a aplicação fora das regras seria discricionária do juiz, ou seja, se determinado caso não se encaixa nas regras, cabe ao juiz decidir discricionariamente. Essa tese está posta no item b da descrição do positivismo acima. Dworkin tentará afastá-la. Em suma, podemos dizer que o item c - do positivismo - já foi afastado por Dworkin, a *obrigação jurídica* não está estritamente vinculada às regras, a identificação dos princípios e sua conseqüente diferenciação foram feitas e consideram-se os princípios como integrante do direito, impondo obrigações.

A fim de afastar a discricionariade judicial Dworkin separa em diferentes sentidos que se emprega o termo “poder discricionário”. Emprega-se no primeiro sentido fraco “apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos esse sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação” (DWORKIN, 2002, pág. 51). No segundo sentido fraco “apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário” (Ibidem). No sentido forte refere-se a “(...) certos assuntos ele - funcionário público - não está limitado pelos padrões da autoridade em questão” (DWORKIN, 2002, pág. 52). Para Dworkin, é neste sentido que se referem os positivistas. Quando se esgotam as regras o juiz não está vinculado a um padrão, pelo contrário, ele pode utilizar qualquer padrão. E para os positivistas, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes” (DWORKIN, 2002, pág. 55). Com intento de colocar que os princípios geram obrigações, Dworkin coloca se um positivista argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios - pois os positivistas rejeitam a utilização nos tribunais dos princípios para justificar os casos difíceis como o Henningsen, que alcançam melhor que as regras -, e como resposta ele diz: a aplicação dos tribunais de padrões extrajurídicos – princípios e políticas – geram obrigações aos juízes a analisar todos os princípios, se não fizer cometerá um erro (DWORKIN, 2002, pág. 56). Em outro momento

questiona se o positivista “argumentar que os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e mais ainda, o seu peso são intrinsecamente controversos” (DWORKIN, 2002, pág. 58). Dworkin argumenta que o poder discricionário - no sentido forte - não garante ao sargento⁴, por exemplo, um meio de escolher entre os mais experientes, ou seja, ele sempre age na compreensão do caso, em síntese com base nos princípios. De tal modo, como um juiz também num caso complexo.

Se considerarmos os princípios como integrantes do direito, conforme Dworkin nos mostra, então a discricionariedade judicial é afastada. A tese b do positivismo descrita acima também foi refutada.

A terceira e última refutação de Dworkin a teoria positivista se trata da já citada regra de reconhecimento que podemos conceituar como o critério segundo o qual identifica regras como sendo jurídicas ou não. A regra de reconhecimento é visualizada na prática social dos agentes jurídicos.

Para Hart, para considerar se determinada regra é ou não jurídica, é feita pela identificação da regra acima dela ou pela instituição que a promulgou. De modo que regras válidas só podem ser passadas por esse teste. Dworkin considera que a lógica dos princípios é diversa das regras conforme exposto acima e por isso, não há como se aplicar o teste de *pedigree* para os princípios, pois os princípios não atuam no campo da validade:

(...) Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Rigg* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer justo impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogados. (DWORKIN, 2002, pág. 64).

Desse modo, princípios não necessitam de testes para sua verificação. O seu conteúdo e sua determinação de justiça o fazem integrante do direito. Porém, há outro argumento a ser levantado pelos positivistas. Dworkin vai dizer: se os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento? Para isso é necessário listar todos os princípios e assim considerar a regra de reconhecimento como o conjunto completo dos princípios em

⁴ Sargento aqui se refere a um exemplo citado por R. Dworkin de discricionariedade. O sargento tem a missão de escolher entre os melhores soldados, demandado por seu superior.

vigor, mas para Dworkin tal tentativa - de arrolar todos os princípios - seria um fracasso, pois “eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela” (DWORKIN, 2002, pág. 70).

Assim, Dworkin rebate a última tese do positivismo, em síntese, a regra de reconhecimento é o teste de validade das regras para o positivismo, sendo assim haveria um teste para “validar” os princípios. Dworkin coloca que os princípios não atuam na lógica da validade - assim como as regras -, mas na do peso ou importância. E por isso, não se aplica teste algum para os princípios, sua dimensão de justiça o faria apto para aplicar aos casos, conforme nos exemplos demonstrado - Rigg e Henningsen. A tese *a* citada acima descrita é refutada.

Aqui, foi demonstrado que as três principais teses do positivismo foi refutada, pelo (a) que o direito é conjunto de regras no qual o teste de pedigree seria o modelo de identificação dessas regras. No entanto, Dworkin demonstrou que o direito não somente é feito de regras, em casos complexos, outras dimensões são trazidas à tona, como os princípios. Eles não atuam na lógica da validade e por isso nenhum teste é necessário. Por outro lado, o positivismo argumentava (b) que em casos omissos da regra o juiz atuaria discricionariamente. Dworkin coloca que a discricionariedade é afastada se considerarmos os princípios, pois eles complementam as regras. Obrigações jurídicas (c) para o positivismo só existiam nas regras. Diante dos exemplos citados - *Rigg e Henningsen*, as máximas dos princípios aplicados ao caso, impunham obrigações àqueles envolvidos. O princípio segundo a qual o fornecedor de automóveis tem obrigações adicionais além das previstas contratuais obriga aos fornecedores a reparar os danos como no caso Henningsen. E isso não necessariamente precisa estar numa regra jurídica.

O positivismo é para Dworkin insuficiente, pois a prática jurídica demonstrada em *Rigg x Palmer e Henningsen* mostrou que padrões mais complexos que as regras - os princípios - eram suficientes para explicar esses casos complexos - hard cases. A teoria positivista não explicava esses casos, sendo insuficiente sua abordagem acerca do direito.

Ronald Dworkin tem sempre como pano de fundo a sua teoria liberal. A compreensão dos princípios - o que são, como atuam, quais são - não é aleatoriamente colocada e é de suma importância para o próximo passo do nosso raciocínio. Para Dworkin, o positivismo não era uma boa teoria liberal do direito porque os princípios para ele atuam como *trunfos* a metas

coletivas. E isso não estava presente no positivismo. A essa compreensão - trunfos e metas coletivas - está presente no capítulo 4 do mesmo livro - Levando os Direitos a Sério - que será objeto deste próximo tópico. Nesta primeira parte objetivamos diferenciar as regras e princípios em Dworkin. Para isso, o debate com Hart foi necessário. Podemos definir, em síntese, para R. Dworkin que as regras atuam no modelo *tudo-ou-nada*, ou seja, a resposta que ela fornece deve ser aceita, pois ela atua no campo da *validade*. Já os princípios são caracterizados por ter *dimensão de peso* ou *importância*, não são enumeráveis, são suporte das regras, afastam a discricionariedade judicial e impõem obrigações. Os princípios se subdividem em dois tipos. Os princípios em *sentido forte* ou *stricto* e as *policy* ou *princípios políticas*. A essa conceituação e implicações deles serão discutidos no tópico adiante.

3.1. Princípios em sentido estrito e princípios políticas.

No capítulo 4 denominado “Casos Difíceis” Dworkin explicitamente coloca que seu objetivo é defender uma teoria melhor do que aquela que foi criticada nos capítulos anteriores - o positivismo. Trata-se de fato aqui, levar a sério os direitos. Para ele, toda decisão política é justificada por um objetivo político - seja individuado ou não - que se pode distinguir entre eles. A distinção essencial dos “tipos” de princípios citado acima já é logo no início do capítulo conceituado por Dworkin:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2002, págs. 129 e 130).

Os *argumentos de políticas* são, em regra, programas na qual contém objetivos utilitaristas, ou seja, a maximização de bens a toda comunidade. O destinatário principal da política é a comunidade como um todo. Já os *princípios* se caracterizam por serem relacionados a um indivíduo ou grupo. Asseguram algo específico aos indivíduos. Assim, para Dworkin, quando nenhuma regra sobrevier ao caso por não estabelecer uma decisão a ser

feita, e quando a obrigatoriedade de uma regra seja questionada por esses *princípios* ou nas *políticas*⁵ estamos diante de um *caso difícil*.

Para Dworkin *políticas* descrevem *objetivos* e *princípios* descrevem *direitos*:

Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos. (DWORKIN, 2002, pág. 141).

No entanto, ele questiona sobre o que são os objetivos e os direitos. Dworkin começa dizendo que o *direito político* é um objetivo político individuado:

Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. (DWORKIN, 2002, págs. 142 e 143).

E que uma *meta* é um objetivo político não-individuado:

Um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados. (DWORKIN, 2002, pág. 143).

As metas coletivas visam um benefício geral para a comunidade como a eficiência econômica, e que qualquer meta irá sugerir uma distribuição específica (Ibidem). “As metas coletivas podem, mas não precisam, ser absolutas. A comunidade pode perseguir diferentes metas ao mesmo tempo, e pode fazer ajustes em uma meta em favor de outra” (Ibidem).

Os direitos também podem ser absolutos:

Uma teoria política que considera absoluto o direito à liberdade de expressão não aceitará nenhuma razão para que não se assegure a todos os indivíduos a liberdade por ela exigida isto é, nenhuma razão a não ser a impossibilidade. (DWORKIN, 2002, pág. 144).

E menos que absolutos:

⁵ É de suma importância ter a compreensão de que a partir desse momento do texto quando se falar em “princípios” tem-se em mente a noção de princípios em sentido estrito, ou seja, o que está relacionado aos indivíduos. Quando se falar em princípios no sentido genérico será avisado. Portanto, “princípios” aqui quer dizer em sentido estrito, relativo a um grupo ou a um indivíduo conforme na conceituação acima.

Um princípio pode ter que capitular diante de outro, ou mesmo diante de uma política intransigente com a qual esteja em conflito a propósito de determinados fatos. (Ibidem).

Para Dworkin, se analisa o *peso* do princípio analisando a sua capacidade de suportar a concorrência, ou seja, a precedência de um princípio a outro é determinada num conflito pela sua capacidade de suportar. Os princípios “não podem ser menos importante que todas as metas sociais” (Ibidem). Direitos para Dworkin se referem a esse *sentido forte*, segundo o qual não cede a metas coletivas, que têm importante *peso* contra elas. Eles não são passíveis de invalidação por atos de rotina da administração pública. A possibilidade de restrição a esses direitos - fortes - é somente por uma meta de urgência especial. E cita como exemplo:

Suponhamos, por exemplo, que um homem diga que reconhece o direito à liberdade de expressão, mas acrescenta que tal liberdade deve ficar em segundo plano sempre que seu exercício possa ser inconveniente para o público. Ele quer dizer, imagino, que reconhece a meta amplamente disseminada do bem-estar coletivo, mas reconhece a distribuição da liberdade de expressão apenas nos termos recomendados por essa meta coletiva para circunstâncias específicas. Sua posição política é exaurida pela meta coletiva; o direito putativo nada acrescenta e não há nenhuma razão para reconhecê-lo como um direito. (DWORKIN, 2002, pág. 145).

Para Dworkin, a limitação da liberdade da expressão restrita aos moldes da meta social, ou seja, “desindividualizar” o princípio é para o homem - no caso - não considerar sua liberdade de expressão como princípio forte. Assim, dizer que alguém tem direito “significa que o indivíduo pode exercê-lo mesmo que seja errado fazê-lo, independentemente de o exercício contribuir a um objetivo não individualizado e, com efeito, ainda que prejudique meta(s)” (ROSA, 2014, pág. 29).

Leonardo Gomes em sua dissertação que discorre acerca da liberdade de expressão vai dizer que a concepção de princípios em Dworkin é que os princípios são objetivos políticos *individualizados*. Direitos no sentido forte são sempre individuais e cita Dworkin:

Para preservá-los, precisamos reconhecer como direitos concorrentes apenas aqueles pertencentes a outros membros da sociedade, tomados enquanto indivíduos. Precisamos diferenciar entre os “direitos” da maioria enquanto tal, que não podem valer como justificção para invalidar os direitos individuais, e os direitos pessoais de uma maioria, que podem ser levados em conta. (DWORKIN, 2002, pág. 298).

Direitos pessoais geralmente entram em conflitos, Leonardo Gomes citando Dworkin vai trazer o exemplo da dessegregação. No qual direitos pessoais de minoria conflitam com os

da maioria. Um defensor da segregação racial vai trazer como *argumento de política* que a mistura de raças provocam mais mal-estar geral do que satisfação. E de *princípios* mencionando risco à saúde e integridade física daqueles que sofrem com processo de dessegregação. Por outro lado, argumentos de direito à igualdade racial, em sede de princípios. Para Dworkin a discussão é sobre argumentos de princípios para ambos os lados. Ele reconhece que se a discussão fosse no campo da política, o argumento do segregador é mais convincente, mas a dessegregação trata-se de argumentos de princípios, pois é exigido pelo direito à igualdade racial. A solução é dada por Dworkin de modo que o argumento de princípio do segregador - integridade física - é possuído por ambos os lados, tanto pela maioria como as minorias. E por isso cede a igualdade racial. Em síntese, para Dworkin “membros de maioria evidentemente têm direitos, mas a maioria ela mesma nunca os tem” (ROSA, 2014, pág. 34).

A principal atribuição dos princípios - em sentido estrito - para Dworkin é sua capacidade de suportar a metas coletivas:

Afirmar que nos Estados Unidos pressupõe-se que os cidadãos têm certos direitos fundamentais contra seu governo, certos direitos morais transformados em direitos jurídicos pela Constituição. Se essa ideia tem sentido e merece ser sentido de orgulho, esses direitos devem ser direitos no sentido forte que acabei de escrever. A afirmação de que os cidadãos têm direitos à liberdade de expressão deve implicar que seria errado, por parte do governo, impedi-los de se expressarem, mesmo acreditando que o que vão dizer causará mais mal do que bem. A afirmação não pode significar, (...) apenas que os cidadãos nada fazem de errado ao dizer o que pensam, embora o governo se reserve o direito de impedir que o digam.

Este é o ponto crucial e desejo elaborá-lo. Sem dúvida, um governo responsável deve estar pronto para justificar o que quer que eu faça, particularmente quando isso restringe a liberdade de seus cidadãos. Em geral, porém, é uma justificação suficiente, mesmo para um ato que limita a liberdade, que esse ato seja calculado de modo que aumente aquilo que os filósofos chamam de utilidade geral - ou seja, calculado de modo que, no cômputo geral, produza mais benefícios que danos. Assim, embora o governo da cidade de Nova York necessite de uma justificativa para proibir que os motoristas dirijam pela Lexington Avenue acima, está suficientemente justificado se os funcionários competentes acreditarem, a partir da comprovação substantiva, que as vantagens para a maioria irão superar os inconvenientes para uns poucos. Contudo, quando se diz que cidadãos individuais têm direitos contra governo, como o direito à liberdade de expressão, tal afirmação deve significar que esse tipo de justificativa não é suficiente. Caso contrário, a alegação não se sustentaria no argumento de que os indivíduos têm proteção especial contra a lei quando seus direitos estão em jogo, mas é esse precisamente o cerne da alegação. (DWORKIN, 2002, págs. 292 e 293).

O entendimento do que Dworkin nos quer mostrar são que os princípios, individuais e fortes não vão perder pelas metas coletivas, objetivos utilitaristas. Direitos, portanto, para Dworkin é no sentido de que mesmo se a conduta for considerada errada o indivíduo como portador pode fazê-la. O indivíduo tem o direito de fazê-la. Ter direito a algo é ter direito em sentido estrito. Na teoria de Dworkin são muito fortes os princípios em contraposição às metas coletivas. Por outro lado, é muito rígido com a conceituação de princípios, nem tudo que hoje imaginamos como princípio para ele o é. Veja na citação acima, ter liberdade não quer dizer que se possa subir a “Lexington Avenue” acima - pois a via tem um único sentido - na contramão. As vantagens para maioria superam inconvenientes para poucos.

3.1.1. Força Gravitacional dos Precedentes

A esse argumento é de grande valia para entendimento da exposição do caso real na seção quatro a seguir. Trata-se de como o Dworkin enxerga os precedentes, ainda em Levando os Direitos a Sério, mais especificamente no capítulo 4 “Casos Difíceis”, novamente.

Um precedente para Dworkin é:

(...) um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato da dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. (DWORKIN, 2002, pág. 176).

Assim, se determinado caso foi no passado decidido de uma maneira, é equânime e justo que se decida da mesma maneira no presente. O mais importante de se retirar das decisões passadas são os argumentos de princípios para Dworkin. Os argumentos de políticas não têm força gravitacional, pois as metas coletivas são “questões de fato contingentes e estratégia legislativa geral” (DWORKIN, 2002, pág. 177). O “governo” pode perseguir metas coletivas variadas, portanto, o tribunal não cabe à imposição de força gravitacional de um precedente, vide:

O governo deve, sem dúvida, ser racional e equânime; deve tomar decisões que, em seu conjunto, sirvam a uma mescla justificável de metas coletivas, mas continue a respeitar quaisquer direitos que os cidadãos tenham. Essa exigência gera, contudo, **não sustenta algo como a força gravitacional** que se supôs realmente existir na decisão judicial em favor (...). (grifo nosso) (DWORKIN, 2002, pág. 179).

Assim, a força gravitacional de um precedente deve levar em conta somente argumentos de princípios:

Assim, ao definir a força gravitacional de um precedente específico, (...) só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Se a decisão favorável à sra. Mc Pherson supõe que ela tem um direito à indenização, e não simplesmente que uma regra a seu favor promove alguma meta coletiva, então o argumento da equidade, no qual se fundamenta a prática do precedente, ganha precedência. Daí não se segue, por certo, que qualquer pessoa que de algum modo tenha sido prejudicada pela negligência de uma outra deva ter o mesmo direito concreto a uma indenização, como a outra teve. Pode ser que, nesse último caso, os direitos concorrentes exijam uma solução conciliatória que não era exigida no primeiro caso. Também pode resultar daí que, nesse último caso, o autor da ação tenha o mesmo direito abstrato. Se é assim, será necessária uma argumentação especial que cite os direitos concorrentes para mostrar que, no último caso, uma decisão em contrário seria justa. (DWORKIN, 2002, págs. 179 e 180).

Em síntese, para Dworkin os precedentes devem ser levados em conta somente os argumentos de princípios. É claro que pode variar os casos o que é necessária uma argumentação especial, porém, não se pode ter força gravitacional dos precedentes por argumentos de política.

3.2. Aspectos conclusivos de Levando os Direitos a Sério

Esta obra analisada nesta primeira parte do capítulo três é uma das mais fundamentais em Ronald Dworkin. Por ser sua primeira coleção de artigos, reúne muitos conceitos e um novo modo de pensar o direito. Trata-se de uma obra no qual o pano de fundo é a construção de uma teoria liberal do direito, conforme dito, ou seja, teoria política e teoria jurídica estão indissociáveis. Assim, a crítica ao positivismo no início é porque o positivismo se intitulava liberal, todavia não dava garantias às pessoas. O positivismo estava vinculado às regras. Trazendo a concepção de princípios, ou seja, ao analisar a prática judicial pode-se observar que existem outras lógicas diferentes das regras no qual impõem obrigações e afasta as teses do positivismo é para Dworkin o caminho de uma teoria liberal. Os princípios na obra de Dworkin considerados como *trunfos* a metas coletivas, ou seja, eles não cedem a não ser em raríssimos casos, são garantias de que direitos individuais não sejam violados por uma meta coletiva, por uma ação estatal digamos. No fundo, remete a essência do liberalismo clássico, de que as pessoas possuem direitos naturais contra tudo e todos. Não se trata do mesmo

sentido, mas aqui é a chave do chamado “pós- positivismo”, a ideia de trazer os princípios para o campo do direito, para a solução de casos que as regras não abarcam.

Podemos sintetizar para o nosso caminhar que *princípios* para Dworkin é somente no sentido estrito, individual e que não cede à meta coletiva, sua essência faz com que os juízes o analisam quando de um precedente. O chamado centro gravitacional dos precedentes trata-se única e exclusivamente de princípios. Um conflito entre princípios para Dworkin então é aquele entre *princípios em sentido estrito*.

O próximo passo e livro a ser analisado é o *Império do Direito*, a obra mais madura de Ronald Dworkin. Escrito em 1986, o livro acredita no *direito como integridade*, no qual é título do presente trabalho. Vimos à proporcionalidade em Robert Alexy - “da proporcionalidade” até agora o último passo teórico - “à integridade”. Após a compreensão em Dworkin de regras e princípios, analisaremos como o direito como integridade pode nos ajudar a resolver melhor os conflitos entre princípios. Já compreendemos que princípios se referem somente em *sentido estrito*.

3.3. Direito como Integridade - O Império do Direito

A obra *Império do Direito* de Ronald Dworkin é de fato o momento em que ele se propõe a discorrer sobre os pontos-chaves de sua teoria. É uma obra de um Dworkin mais maduro e munido de críticas que recebeu após escrever *Levando Direitos a Sério* e *Uma questão de Princípio*. Após o ataque aberto ao positivismo, conforme explicitamos acima, uma série de autores esboçaram críticas acerca de como Dworkin tinha compreendido o positivismo, como Joseph Raz e o próprio Herbert Hart no seu pós-escrito do livro *O Conceito de Direito*. A obra *Império do Direito* se dedica a reavaliar os argumentos suscitados em *Levando os Direitos a Sério* e reformular a crítica ao positivismo. Sua estratégia argumentativa muda.

No capítulo primeiro do livro - *Império do Direito* - R. Dworkin discorre acerca de como teorias denominadas semânticas enxergam o direito. Para isso, ele demonstra casos reais ao qual comprovam os desacordos (disagreement) dos juízes. Para ele, não existem problemas quando os juízes concordam, mas sim, quando eles divergem. Existem para Dworkin três tipos de questões quando os juízes decidem os casos, as questões de fato, de direito e as de moralidade e fidelidade (DWORKIN, 1999, pág. 5).

O primeiro tipo seria de *questões de fato*. Questões de fatos são postas quando os juízes decidem os casos e estão diante de fatos históricos, empiricamente determinados, ou seja, basta uma consulta às provas do caso para a verificação de algo, se ocorreu ou não. As questões de fatos são empiricamente visualizadas.

O segundo tipo é de *moralidade e fidelidade*, que são discussões dos juízes sobre se algo é certo ou errado, justo ou injusto. Para Dworkin essas discussões são cotidianas na prática jurídica e não trazem problemas como as *questões de direito*.

Questões de Direito dizem respeito como os juízes divergem e sobre qual é o direito que se aplica mesmo com um conjunto de provas específicas. O que Dworkin tenta demonstrar é que a teoria dominante - o positivismo - não conseguiria explicar esse tipo de desacordo. Para ele a situação é a seguinte: existe um caso no qual todas as provas os juízes conhecem, toda legislação aplicável ao caso os juízes também conhece e de mesmo modo divergem sobre a aplicação do direito. O famoso exemplo é o caso Snail Darter citado por Dworkin.

Snail Darter é um pequeno peixe que continha como *habitat* um local no qual estava sendo construída uma barragem. O governo americano tinha investido cem milhões de dólares na barragem, porém, um grupo de ativistas acionou o judiciário a fim de aplicar a legislação de proteção a espécie, argumentando que o Snail Darter estava entre os animais ameaçados e por isso, a construção da barragem deveria ser interrompida. O caso chegou à Suprema Corte americana. Os juízes do caso tinham todas as informações a seu dispor, eles sabiam que a lei de proteção protegia o peixe, sabiam também da construção da barragem, porém, mesmo assim divergiam, uns argumentaram que o texto da lei é claro e, portanto, a corte deve aplicá-la independentemente dos resultados advindos e outros argumentaram que a corte deve fazer uma interpretação eficaz e compatível com bom senso. Isso demonstra para Dworkin que o positivismo não dava conta de explicar esse desacordo, pois se trata de desacordos teóricos, conforme explicarei adiante.

Ainda na discordância de *questões de direito* Dworkin subdivide em *desacordos empíricos* (*Empirical Disagreement*) e *desacordos teóricos* (*Theoretical Disagreement*). *Desacordos empíricos* são quando os juízes estão de acordo com os fundamentos do direito que são “as afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, 1999, pág. 06), porém estão em desacordo se uma proposição jurídica é verdadeira, ou seja, se aconteceu no plano fático/empírico. Assim, em

uma afirmação “é proibido fumar em locais fechados” pode se concordar que os legisladores tivessem votados nesse sentido, porém, podem discordar se eles efetivamente o fizeram.

Do outro lado, se tem os *desacordos teóricos* que são “desacordos sobre o próprio fundamento do direito” (PENNA, RODRIGUES *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 17). Assim, as discussões sobre os casos conforme o acima explicitado – snail darter - diz respeito às divergências teóricas, ou seja, aquilo que eles entendem ser o direito. No caso do fumo “pode-se concordar que uma lei brasileira não permite o fumo em locais fechados, mas discordar sobre o que essa lei realmente é, sobre os direitos e deveres que ela cria” (PENNA, RODRIGUES *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 17).

O positivismo para Dworkin compreende as divergências como desacordos empíricos e não teóricos, dos fundamentos do direito. Eles são incapazes de enxergar que os juízes no fundo divergem sobre como o direito deveria ser. O positivismo pressupõe que já entendemos sobre o que é - no caso o direito - quando se discute. E se estamos divergindo é porque não estamos falando da mesma coisa, o exato conceito da palavra pode ser obtido na revisão dos fatos históricos e critérios para identificar o direito. Dworkin mostra que os juízes discordam sobre os fundamentos do direito, um *desacordo teórico*.

Assim, Dworkin tenta demonstrar como ele acredita que seja o direito no capítulo dois, denominado “Conceitos de Interpretação”, segundo o qual, em suma, o direito é uma prática argumentativa no qual se imputa a ele uma finalidade, um propósito (TAXI *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 33). Na perspectiva positivista, o direito seria descritivo, no qual, dado o conjunto de normas que dizemos que seja direito ali ele se exaure e, portanto, está descrito o que é direito. Para Dworkin, o direito é uma prática interpretativa e ele existe com “divergências teóricas de base, mas sua existência enquanto uma espécie de práxis social é inteiramente trespassada por essas divergências de uma maneira fundamental” (TAXI *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 34).

O aguilhão semântico é um termo usado por Dworkin para determinar uma visão “segundo a qual só é possível discutir a respeito de algo se os dois lados compartilharem os mesmos critérios a respeito de quando uma afirmação a respeito desse algo é verdadeira ou não” (Ibidem). Diante disso, Dworkin traz exemplo de uma prática de cortesia no qual os camponeses tiram o chapéu frente aos nobres. A prática por muito tempo é inquestionada e com o tempo as pessoas a questionam e começam interpretá-la. Na interpretação eles chegam a duas premissas, a que a prática tem um *valor* e que serve a algum *propósito*: “aquilo que a

cortesia concretamente exige é passível de variação de acordo com o valor e propósito compreendidos na primeira parte.” (TAXI *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 36). Assim, após a interpretação, se ajustam melhor as concepções em respeito ao *valor* e o *propósito* da prática. Se antes era mecânica a realização da prática social, agora ela se ajusta aos objetivos. O que Dworkin demonstra é que divergências teóricas entre os participantes não implicam em diferentes concepções a respeito de como agir.

Ainda no capítulo dois Dworkin dedica a compreender a interpretação das práticas sociais. Para ele:

(...) a interpretação de uma prática social, tal como a de uma obra de arte ou mesmo uma conversa, é mais ligada à compreensão de um propósito do que a um resgate causal. Esse propósito, por sua vez, não é o do autor, mas do intérprete. Trata-se de uma interpretação construtiva, na qual se vai impor um propósito a um objeto ou prática de modo a torná-lo o melhor possível. (TAXI *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 37).

Interpretar não significa dar qualquer significado, mas essencialmente um respeito à tradição. Para responder a isso - que impor algum propósito é dar qualquer significado - Dworkin cita que quando se interpreta uma arte ou comenta um livro, as pessoas têm em consciência que os fazem da melhor maneira possível, ou seja, eles estão atuando numa perspectiva da *interpretação construtiva*.

Após isso, Dworkin divide em três as etapas de interpretação. Na etapa *pré-interpretativa* se fixa o objeto ou prática, ou seja, delimita o objeto em análise, como o próprio Dworkin cita alguém pode decidir falar de bancos quando um tem em mente o banco da praça e outro como instituição financeira. Na segunda etapa, a *interpretativa*, o “intérprete concentra na atribuição de um propósito, uma justificativa geral para os principais elementos da prática definidos na etapa pré-interpretativa” (TAXI *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 40). E na etapa *pós-interpretativa*, o intérprete irá desenvolver para que se requeira o melhor propósito da prática social.

O que Dworkin demonstra é que o direito é um conceito interpretativo e, além disso, sua interpretação é *construtiva*, ou seja, requer-se que quando interpreta algo não necessariamente descubra qual foi a intenção do legislador em realizar aquela norma, mas que imponha um propósito de modo que se obtenha o melhor possível dela.

No capítulo terceiro do livro, Dworkin tem por objetivo demonstrar que a natureza do direito é interpretativa. Qualquer decisão judicial que invariavelmente divirja sobre qualquer coisa, no fundo remete à filosofia do direito. As discussões remetem se determinado

argumento é ou não intrínseco ao direito. Para Dworkin, o direito serve para “justificar a coerção do estado de forma legítima, de acordo com decisões políticas passadas” (MAGALHÃES *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 52). Assim, a tarefa do intérprete é reinterpretar e justificar decisões políticas passadas a sua melhor luz. Para que em determinada comunidade jurídica possa interpretá-la seria necessário em primeiro plano acordo sobre o que eles entendem por direito. Conforme o “mandamento” da fase pré-interpretativa discutida acima. Deste modo, o intérprete encontraria os objetivos do direito. Se os objetivos governamentais dentre outros é a prosperidade, o objetivo do direito seria guiar e direcionar os objetivos dos governantes na sua persecução deles. Por fim, pode-se definir o direito como:

(...) uma prática interpretativa que tem como objetivo limitar o poder do Estado, por meio da utilização da força coercitiva estatal de forma legítima, ou seja, quando autorizada por decisões políticas passadas institucionalizadas na forma de direitos e responsabilidade. (MAGALHÃES *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 54).

Aqui, três concepções surgem a fim de justificar o direito acima descrito e que “em tese” são capazes de oferecer respostas aos casos difíceis - como o mencionado Snail Darter. O *Convencionalismo* o *Pragmatismo* e a *Integridade*. A fim de avaliar as teorias Dworkin irá submetê-las à sua *adequação* - à realidade jurídica - e a *justificação* que são os valores pressupostos pela prática dos direitos.

O convencionalismo é a primeira concepção que R. Dworkin irá tentar refutá-la ao decorrer do capítulo 4 de Império do Direito. Para ele, o convencionalismo partiria das seguintes premissas:

(...) O direito deve depender, exclusivamente, de convenções jurídicas. (...) A prática do direito consiste, exclusivamente, em respeitar e aplicar uma convenção jurídica pré estabelecida. (...) O direito por convenção nunca é completo porquanto sempre surgem novas questões não previstas originalmente nas convenções feitas por instituições, deixando a prática jurídica sem critério jurídico para a mediação do conflito social sob análise. (...) O convencionalismo pressupõe o valor ou propósito da proteção de expectativas como único valor ou propósito da prática do direito. Todas as proposições jurídicas ou padrões jurídicos de comportamento devem ser interpretadas com vistas à realização desse valor. Para proteger expectativas, o convencionalismo pressupõe que a prática de justificação judicial de direitos deve se restringir à identificação de extensões extraídas de convenções abstratamente de convencionalismo é o convencionalismo estrito, o qual só aceita as extensões explícitas das convenções abstratas. (MATOS *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE 2018, págs. 93 e 94).

O apelo do convencionalismo a essa tese está vinculado ao seu principal valor: *a proteção de expectativas*. Assim, as decisões políticas do passado “justificam o uso do poder coercitivo, porque, e somente quando, logram fazer as ocasiões de autorização de uso da coerção pelo Governo depender de fatos simples, acessíveis a todos” (MATOS *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 79). Entretanto, o valor do convencionalismo não é assegurado pela tese da discricionariedade dos juízes, se há falta de convenção estabelecida pelos legisladores, determinado juiz pode julgar sem estiver realizando os valores das expectativas garantidas.

Dworkin divide as convenções entre sociais e jurídicas. As sociais são aqueles padrões no qual criamos para solucionar problemas reais, por exemplo, quando não se fala de algo, convencionou-se que seja isso a fazer. As jurídicas seriam quando obrigam determinado juiz, por exemplo, a aplicar determinada convenção, mesmo se ele não a aprovasse. No caso Snail Darter descrito acima, um convencionalista diria que as convenções jurídicas devem determinar as extensões⁶, além dos critérios para serem resolvidos.

Após descrever o que seria o convencionalismo, Dworkin tece críticas e a principal delas é a de que “não se adequa às práticas do direito, porque os juízes, mesmo em casos difíceis, consideram as técnicas usadas para interpretar leis e precedentes como princípios que podem ser justificados em uma teoria política” (MATOS *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 94). E que os cidadãos esperam em casos difíceis o conjunto de princípios que melhor justificam as decisões. O apego à convenção para Dworkin deixaria de dar respostas coerentes - aquelas adequadas dos fenômenos concretos - aos casos difíceis.

Já o pragmatismo, Dworkin considera como a concepção mais difícil de ser refutada e de um mesmo modo, um “risco” ao direito como integridade. O pragmatismo pode ser conceituado como:

(...) a concepção do direito para o qual a justificativa da coerção estatal residiria na justiça ou na eficiência ou em alguma virtude da decisão coerciva ela mesma, a partir do momento em que essa coerção pudesse mostrar-se como mais apta a tornar melhor o futuro da comunidade, liberada do peso do passado “e do fetiche da coerência pela coerência”. (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 97).

⁶ Extensão das convenções segundo (MATOS *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 82 *apud* Dworkin, *Law's Empire*, 123.): é um conjunto de preposições jurídicas ou padrões de comportamentos – decisões ou juízos sobre a validade de determinados standards jurídicos.

O pragmatismo consiste então na negação da coerção baseadas em decisões do passado. Para Dworkin, ela é uma concepção cética, pois negaria direitos na medida em que não é possível determinar se uma pessoa tem direitos advindos de decisões passadas. Apesar de negar direitos, Dworkin considera o pragmatismo uma concepção do direito, embora necessite de esforço tal para interpretar uma prática jurídica. A questão que se coloca é se o pragmatismo seria suficientemente capaz de dar respostas à prática jurídica. Para Dworkin, o pragmatismo consistiria em dizer:

(...) que o que justifica a coerção estatal é algum critério presente na própria decisão coerciva, critério esse que, independentemente em princípio de qual seja, deve pretender servir ao melhoramento da vida da comunidade. (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 104).

O que se pode entender é que um juiz pragmático vincula as suas decisões a algo já decidido no passado:

Nesses casos, portanto, um juiz pragmatista não se afastaria das decisões que viriam a ser tomadas, em casos semelhantes, por um juiz que adote outra concepção de direito. (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 105).

A questão envolve e se complexifica quando o pragmático tem a situação de um caso difícil, ou seja, aquele segundo o qual não tem nada no passado que o vincula. O pragmático responderia:

Se as divisões judiciais e as opiniões polêmicas são, de qualquer modo, inevitáveis, (...) porque a controvérsia não deveria voltar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiças no futuro? Como se esse objetivo pode ser, em si, injusto? Como pode a coerência de princípio ser importante por si mesma, particularmente quando é incerto e polêmico qual é, de fato, a exigência da coerência? (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 105 apud DWORKIN, 1999, pág. 199).

O caminho da refutação ao *pragmatismo* é mais árduo, pois ele se embasa numa decisão que pode contribuir para melhorar a vida em comunidade, diferentemente do *convencionalista* que se aproxima de algo que não está presente nos casos (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 106). O caminho de refutá-lo seria por meio de uma defesa dos direitos jurídicos. O caminho que Dworkin propõe é pela concepção da *integridade*.

A *integridade* seria para Dworkin a concepção suficiente para contrapor o convencionalismo. As comunidades requerem ideais políticos como a equidade, justiça e devido processo. Para ele, a integridade corresponderia a esses anseios:

No que tange a equidade, a integridade requer que aos princípios políticos necessários para justificar a autoridade assumida de uma legislatura sejam dados plenos efeitos na decisão acerca do sentido de um ato legislativo por ela estabelecido; no que tange à justiça, a integridade requer que os princípios morais necessários para justificar o conteúdo das decisões daquela legislatura possam ser reconhecidos em todas as suas decisões, quer dizer, no direito como um todo; no que tange ao devido processo, a integridade requer que os procedimentos de julgamento compreendidos como tendo alcançado um equilíbrio correto entre exatidão - precisão, fiabilidade - e eficiência na aplicação do direito em certas partes deste possam ser também assim reconhecidos em suas outras partes, respeitadas as diferenças de tipo e de nível da ofensa moral provocada. (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 109).

A integridade só faz sentido numa sociedade personificada em Dworkin. Para ele, a comparação de uma sociedade personificada pode ser dada como uma corporação no qual se procura a responsabilidade de pessoas, pois seus produtos de automóveis saíram com defeito ao passo que várias vidas foram tiradas por esse fato. Dworkin considera que a corporação como um todo possa ser responsabilizada, pois os executivos não sabem o que perpassa na produção e os produtores também não sabem o que se passa no executivo da empresa, por isso, difícil a individualização, cabe à responsabilidade corporativa, sendo que de algum modo essa responsabilização afetaria às pessoas individualmente, sendo acionistas ou investidores que arcariam com seus investimentos na corporação.

Têm-se dois momentos, personifica a comunidade e distribuem-se os ônus. Nessa lógica é que se propõe aos direitos políticos individuais, ou seja, cabe ao estado garantir a proteção aos cidadãos, cuidado médico e o fundamento do dever é “a comunidade como um todo tem o dever de oferecer alguma forma de proteção adequada a seus indivíduos” (GOMES; ROSA *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 112 apud DWORKIN, 1999, pág. 210). A alternativa ao *pragmatismo* é através da integridade que busca a consistência com o passado.

A respeito da integridade especificamente será visto adiante, trata-se do argumento principal do livro - Império do Direito. Em apertada síntese, podemos dizer que Dworkin ao discutir casos difíceis no primeiro capítulo, procurou alternativas nas seguintes concepções de direito, o convencionalismo o pragmatismo e a integridade. Para ele, os dois primeiros

fracassam por não dar respostas a esses casos difíceis conforme vimos anteriormente. A alternativa se dá com a integridade.

O *direito como integridade* é título do capítulo 07 e o mais importante. Trata-se de aqui reconhecer o direito como integridade rejeitando o convencionalismo e o pragmatismo. Logo no início R. Dworkin o conceitua:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor - a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. (DWORKIN, 1999, pág. 271).

O direito como integridade é na visão de Dworkin o que melhor se adequa a prática jurídica da comunidade:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.(DWORKIN, 1999, pág. 272).

Dworkin reconhece também que o direito como integridade faz do juiz ao mesmo tempo inventor e descobridor do direito ou nenhum deles. A história para a integridade só é analisada a partir do enfoque contemporâneo, ou seja, não se pretendem criar ou reconstruir ideias e objetivos quando o criaram e sim, justificar o que fizeram a fim de que a prática atual possa ser organizada e justificada por princípios atraentes para um futuro honrado. A grande exemplificação é do romance em cadeia:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. (DWORKIN, 1999, pág. 276).

A partir do momento em que cada autor vai analisando os capítulos anteriores, duas dimensões são necessárias: a da *adequação* e a de *qual das leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão*. A dimensão da adequação significa que:

Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. (DWORKIN, 1999, pág. 277).

As exigências de Dworkin são postas para que se tenha uma boa crítica literária. A segunda dimensão é autoexplicativa, ou seja, quando o crítico ou romancista vier a escrever o seu capítulo, após a dimensão do ajuste, analisará qual das leituras se ajustam a obra considerando todos os aspectos envolvidos.

Após a essas dimensões da integridade, Dworkin se propõe a aplicar à integridade aos casos difíceis. No próprio capítulo 07 R. Dworkin aplica ao caso da *Sra. McLoughlin*.

O caso da Sra. McLoughlin discutia sobre responsabilidade civil e danos psiquiátricos. Os três filhos e o marido da Sra. McLoughlin haviam sido mortos por acidente de carro. Ela foi informada através de um telefonema. Ao chegar ao hospital e ver seus filhos mortos tivera um ataque de nervos e por isso processou o responsável pelo acidente pelos danos psicológicos envolvidos.

Para solucionar o caso seguindo a integridade, Dworkin hipoteticamente cria um juiz chamado Hércules. Hércules é um semideus no qual dispõe de paciência e recursos temporais ilimitados para sua tarefa (MACEDO JÚNIOR *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 153). Um aviso é dado por Dworkin: As pessoas podem discordar do ponto de vista de Hércules ou a resposta que ele parece sugerir nas questões envolvidas, porém, isso não desqualifica, pelo contrário, isso é próprio do *direito como integridade*.

Hércules está diante do caso dos quais ambas as partes demonstraram precedentes que corresponderia seguir as decisões do passado. Dworkin diz:

Hércules deve formar sua própria opinião sobre esse problema. Assim como um romancista em cadeia deve demonstrar, se puder, alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema, tal que um autor hipotético com o mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal do romance até o momento em que este foi entregue, Hércules deve encontrar, se puder, alguma teoria coerente sobre direitos legais à indenização por danos morais, tal que um dirigente político com a mesma teoria pudesse ter

chegado à maioria dos resultados que os precedentes relatam.(DWORKIN, 1999, pág. 288).

Hércules separa seis hipóteses contraditórias para corresponder a melhor interpretação do caso. São elas:

(1) Ninguém tem direito à indenização, a não ser nos casos de lesão corporal; (2) As pessoas têm direito à indenização por danos morais sofridos na cena de um acidente, por parte de alguém cuja imprudência provocou o acidente, mas não têm direito à indenização por danos morais sofridos posteriormente; (3) As pessoas deveriam ser indenizadas por danos morais quando a prática de exigir indenização nessas circunstâncias reduzisse os custos gerais dos acidentes ou, de outro modo, tornasse a comunidade mais rica a longo prazo; (4) As pessoas têm direito à indenização por qualquer dano, moral ou físico, que seja consequência direta de uma conduta imprudente, por mais que seja improvável ou imprevisível que tal conduta viesse a resultar em tal dano; (5) As pessoas têm direito moral à indenização por danos morais ou físicos que sejam consequência de uma conduta imprudente, mas apenas quando esse dano for razoavelmente previsível por parte da pessoa que agiu com imprudência; (6) As pessoas têm direito moral à indenização por danos razoavelmente previsíveis, mas não em circunstâncias nas quais o reconhecimento de tal direito possa impor encargos financeiros pesados e destrutivos àqueles cuja imprudência seja desproporcional a sua falta. (DWORKIN, 1999, págs. 288 e 289).

Os argumentos em 1 e 2 favoreceriam ao Sr. O'Brian. Já o 3 favoreceria a Sra. McLoughlin. O argumento 3 demandaria a realização de um cálculo econômico. O 5 envolve avaliar a previsibilidade do dano e o 6 requer tanto juízo de previsibilidade, quanto responsabilidade financeira.

Hércules questiona se o juiz falando em uma só voz poderia decidir os precedentes de forma coerente e consciente, aplicando os princípios a cada interpretação. Ele rejeita 01 e 02:

Ninguém que acreditasse que as pessoas nunca têm direitos à indenização por danos morais poderia ter chegado aos resultados daquelas decisões anteriores, citadas no caso Mcloughlin, que permitiram a indenização. (...) (2) se ajusta às decisões do passado; alguém que aceitasse (2) como norma teria chegado a essas decisões, porque todas permitiriam a indenização por danos morais na cena do acidente, e nenhuma a permitia fora dela. Contudo, (2) fracassa enquanto interpretação do tipo exigido, pois não enuncia nenhum princípio de justiça. Traça uma linha que permanece arbitrária e sem relação com nenhuma consideração moral ou política mais geral. (DWORKIN, 1999, pág. 290).

Hércules suscita que o argumento 3 pode ser adequado em relação a algumas decisões no passado, no entanto, depende de algumas premissas. O argumento 3 não é óbvio que expressa princípio de justiça e equidade. É importante a distinção entre *princípios* e *políticas* -

já descrita aqui. O argumento de 03 recomenda-se reduzir todos os custos do acidente, e para resposta disso duas premissas são levantadas:

A primeira insiste em que as pessoas têm direito à indenização sempre que uma norma que concede a indenização produza, para a comunidade como um todo, mais riqueza do que uma regra que a negue. Isso tem, pelo menos, a forma de um princípio, pois descreve um direito geral que se supõe que todos tenham. (...). A segunda explicação (...) é do interesse geral da comunidade promover assim a riqueza geral, mas não pressupõe que alguém tenha nenhum direito a que o bem-estar comum seja sempre aumentado. (DWORKIN, 1999, págs. 290 e 291).

Aqui se retorna a latente discussão em Levando os Direitos a Sério do qual vimos que os princípios superam políticas em colisão. A política não precisa orientar por critérios de justiça. O Direito como integridade estabelece que os juízes fundamentem em base de princípios, não em políticas (DWORKIN, 1999, pág. 292). O argumento 3 é desqualificado por apoiar-se exclusivamente em política:

Estabelece, portanto, uma política que o governo poderia ou não decidir-se a perseguir em circunstâncias específicas. Não afirma um princípio de justiça, e portanto, não pode figurar numa interpretação do tipo que Hércules está agora à procura. (DWORKIN, 1999, pág. 291).

Restaram as hipóteses 4, 5 e 6. E Hércules deve questionar “se alguma das três deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral’ (DWORKIN, 1999, pág. 293). Deve confrontar cada interpretação às decisões do passado. O argumento 4 seria eliminado se fosse encontrados precedentes que reconhecem o dever de indenizar danos físicos causados pela direção descuidada apenas quando o dano fosse razoavelmente previsível. O argumento quatro somente poderia ser mantido se fosse identificado nos precedentes uma distinção entre danos físicos e emocionais capaz de explicar o motivo pelo qual as condições para a reparação deveria ser mais restritiva para os últimos em comparação com os primeiros (MACEDO JÚNIOR *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 156). Já os argumentos 5 e 6 é necessário compará-los para obtermos uma resposta.

Para comparar é necessário analisar casos com grandes prejuízos econômicos e não aqueles com apenas físicos e emocionais. Assim, a interpretação sugere que: “(...) essa responsabilidade seja ilimitada em quantidade, por mais prejudicial que seja no total, desde que o dano seja previsível” (DWORKIN, 1999, pág 259). Já o 6 sugere o contrário: “que a

responsabilidade é limitada exatamente devido às altíssimas somas que, do contrário, poderia alcançar” (Ibidem).

Hércules vai considerar se a interpretação 5 ajustará melhor ao material jurídico expandido do que a interpretação 6. Dworkin faz uma ressalva, não se trata de uma decisão mecânica:

(...) ele não pode simplesmente contar o número de decisões anteriores que podem ser vistas como ‘erros’ de cada interpretação, pois esses números talvez só reflitam acidentes, como o número de casos que chegaram ao tribunal e não foram conciliados antes do veredito. Ele deve levar em consideração (...) se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance que as decisões que exprimem o outro. (DWORKIN, 1999, pág. 296).

Dworkin sugere algumas opções que optaria para uma decisão melhor ou superior. A interpretação 6 se adequa a decisões pretéritas relacionadas à negligência contra uma profissão particular. A premissa 5 justifica todos os demais casos envolvendo outras profissões e outros tipos de prejuízo econômico. Aqui, Dworkin indica sua preferência por tal interpretação - a 5 - visto que ela se adequa a melhor material jurídico *como um todo*.

Dworkin não recusa a ideia de que juízes poderão divergir mesmo se aplicado o método de Hércules, ou seja, o direito como integridade. Os juízes devem fazer adequações de modo que não siga cegamente os modelos convencionalistas. Assim, enfatiza o direito como integridade:

O direito está estruturado por um conjunto coerente de princípios de justiça e de equidade e devido processo procedimental, e ele exige que sejam impostos em casos novos que surgem, de modo que a situação de cada pessoa é equânime e justa de acordo com os mesmos parâmetros. Este estilo de decisão judicial respeita a ambição presumida pela integridade, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (MACEDO JÚNIOR *In* COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, pág. 162 apud DWORKIN, 1986, pág. 243).

Aqui, se encerra a compreensão do *direito como integridade* para Dworkin. O objetivo não foi esgotar o tema e todas as discussões do autor, mas trazer em linhas gerais e acessíveis a sua compreensão para o conflito dos denominados casos difíceis, que é o objetivo deste presente trabalho. O direito como integridade é aquele segundo o qual privilegia os direitos no sentido dworkiniano, ou seja, em sentidos estrito, guiados por um autor único - a sociedade personificada - e que promove justiça, equidade e devido processo.

A obra de Dworkin é teoricamente mais justificada do que a proporcionalidade. De certo que a proporcionalidade se funda em uma necessidade racional de justificação judicial, a obra de Dworkin é completa, pois qualifica o indivíduo como detentor de direitos que não são vencidos por argumentos de política. Em Alexy não, em determinado caso de conflito a política pode superar os princípios sem muitos problemas. A nossa opção por Dworkin e consequente crítica ao modelo de ponderação se inicia aqui. No tópico a seguir tentarei mostrar como a ponderação é limitadora de direitos, pois aceitam violações a princípios - aqueles no sentido forte - facilmente. O caso discutido é tão evidente essa fragilidade da proporcionalidade de modo que uma interpretação no sentido dworkiniano se corresponde melhor a uma resposta correta, pelo menos a mais justa.

A parte teórica do presente trabalho se encontra exaurida. Se traçamos expor “da proporcionalidade a integridade” aqui concluímos como os autores - Robert Alexy e Ronald Dworkin - resolvem casos difíceis ou casos de conflito entre princípios. O próximo passo é empírico e trará o caso da prisão em segunda instância que recentemente foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pelo Habeas Corpus 152.752 de 2018. No caso, casos de conflito entre princípios foram mencionados, além de que um dos ministros justificou seu voto utilizando a teoria da proporcionalidade e cabe aqui avaliá-la numa perspectiva crítica que também é objeto deste trabalho expresso no título “crítica da ponderação”.

4. Prisão em segunda instância

Em fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal deu início a um novo entendimento acerca da possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância. Esse entendimento não é isolado na jurisprudência brasileira dado que de 1991 no HC 68.726 de relatoria do ministro Neri da Silveira até 2009 no julgado do ministro Eros Grau do HC 84.078 ele foi aplicado pela corte suprema. De 2009 até 2016 no recente HC 126.292 permaneceu o entendimento de que a prisão só se daria após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir de 2016 até o presente momento o tribunal supremo entende novamente por ser possível a possibilidade de prisão, mesmo não transitado em julgado. De certo que essa postura do Supremo recebeu várias críticas de juristas renomados como Lenio

Streck, Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Thomas Bustamante e Marcelo Cattoni, o presente trabalho não é diferente.

Como toda atividade jurídica não tem eficiência se tratarmos apenas no plano teórico, como foi o objetivo na primeira parte deste trabalho, aqui, apontaremos como a *práxis* jurídica tem aplicado institutos principiológicos em seus conflitos entre eles. O caso da prisão em segunda instância não é aleatoriamente escolhido como sendo mais um em que se verifica a violação flagrante de direitos fundamentais, mas como talvez o mais evidente dessa banalização da prisão estabelecido no país. A violação a direitos fundamentais individuais tem se tornado rotina e cabe a nós criticá-los e apontar suas fragilidades em todas as suas esferas. A primeira seção deste tópico se destina a argumentar como no ordenamento jurídico atual, em suas legislações e princípios, e como a Integridade disposto por R. Dworkin vai contra as limitações a princípios no sentido forte. A outra seção destina a criticar o modelo de ponderação que foi suscitado nos julgamentos pelo plenário do Supremo em várias circunstâncias. A ponderação é como guia justificativo para a aplicação deste entendimento. A tarefa é mostrar como ela é falha, e como Ronald Dworkin consegue justificar melhor com uma possibilidade mais justa.

4.1. A impossibilidade da prisão em segunda instância pela teoria Dworkiniana

A prisão em segunda instância assim determinado nos julgados é a situação pela qual o réu após ter recebido sentença penal condenatória no segundo grau de jurisdição, de imediato, cumpre-se a pena. O réu ainda tem possibilidades de recorribilidade nesta situação e ter sua situação modificada. Argumenta-se que entraria em conflito com o princípio da não culpabilidade ou da presunção da inocência, disposto na Constituição Federal de 1988 Art. 5º, LVII, que segundo José Afonso da Silva conceitua:

(...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inc. LVII) e o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inc. LVIII); na verdade o texto inicial dizia “salvo nas hipóteses *excepcionais* previstas em lei”, mas uma proposta de redação do primeiro para o segundo turno eliminou o vocábulo, importante, “excepcionais”; a garantia de inocência e de que ninguém deve sofrer sanção sem culpa e que fundamenta a prescrição do inc. LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (SILVA, 2005, pág. 441).

Gilmar Ferreira Mendes vai dizer que:

(...) o princípio da não culpabilidade não obsta a que o legislador adote determinadas medidas de caráter cautelar, seja em relação a própria liberdade do eventual investigado ou denunciado, seja em relação a seus bens e pertences. (MENDES, 2012 pág. 749).

Assim, não se trata aqui de defender que toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado seja impossibilitada, apesar de que em algum modo pode-se sustentar essa premissa, mas, não é o caso. Aqui, se propõe argumentar que a antecipação do cumprimento da pena é juridicamente insustentável no atual sistema normativo. As penas temporárias no curso da investigação do inquérito policial ou as preventivas já no curso do processo judicial não são o foco deste presente trabalho, mas sim, a sentença proferida em instância recursal no qual autoriza o imediato cumprimento da pena.

O Código de Processo Penal dispõe no Art. 283 que ninguém será preso a não ser por flagrante delito ou ordem escrita de autoridade judiciária transitada em julgado. O artigo é claro, só pode ser submetido à prisão após o trânsito em julgado, momento no qual não há recursos disponíveis no ordenamento para que o réu possa recorrer, e tentar provar sua inocência. No processo penal a prisão é a exceção, a regra é que os réus recorrem em liberdade a não ser por motivos plenamente justificáveis ou urgentes, aqueles que determinam uma prisão preventiva.

O grande ponto da discussão não se trata de observar o disposto na Constituição Federal ou no Código de Processo Penal suas assertivas acerca da prisão, pois seria muito fácil de resolver. O texto constitucional e processual penal são claros, não há dúvidas que só se pode ser preso após o trânsito em julgado. A questão é que argumentos de princípios foram levantados contra o princípio da presunção da inocência, argumento este da *efetividade da função jurisdição penal*⁷. Também foi argumentado que as instâncias superiores não analisam as matérias envolvendo os fatos da causa, os recursos extraordinário e especial seriam para assegurar a Constituição Federal e leis infraconstitucionais, respectivamente, não para reexaminar a matéria. A esses dois argumentos buscarei discorrer baseado nos estudos dos princípios e da teoria constitucional.

Ao argumento do princípio da *efetividade da jurisdição penal* baseia-se na ideia de que a atividade penal deve ser satisfatória, ou seja, a aplicação da pena deve vir a tempo hábil para que não ocorra a prescrição do crime. Em muito dos exemplos dos ministros, cito Teori

⁷ Disposto no voto do ministro relator Teori Zavascki no HC 126.292, pág. 04.

Zavascki no HC 126.292⁸, quanto o ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752⁹ foi disposto que os recursos a fins meramente protelatórios da defesa garantiam a prescrição do crime e o não cumprimento da pena, que geraria descrédito ao sistema punitivo estatal e ao poder judiciário¹⁰. Cito-os nas próprias palavras de Luís Roberto Barroso: “Um sistema penal que não funciona com um mínimo de efetividade desperta os instintos de se realizar justiça com as próprias mãos¹¹” se referindo a um pai que revoltou com a morte de sua filha após esperar dez anos sem resposta do judiciário. A esse acredito ser o principal argumento defendido no Supremo Tribunal Federal no presente caso para a possibilidade de prisão em segundo grau de jurisdição. Trata-se de um conflito de princípios entre o da *presunção de não culpabilidade*¹² e *efetividade da função jurisdicional penal*.

O voto do ministro Luís Roberto Barroso é bem enfático e prima à exaustão que esperar o trânsito em julgado seria um erro para a justiça criminal e daria descrédito ao poder judiciário. Uma decisão de um Supremo Tribunal espera-se que seja pautada nos princípios constitucionais, nas garantias processuais penais e na preservação das liberdades civis. Porém, chama atenção em primeiro momento que os votos e as decisões foram mais pautados em opiniões políticas do assunto, ou do atual momento do voto, do que numa imersão de construção teóricas dos princípios, tanto dos favoráveis quanto dos contrários. Aqui, nada mais tem por objetivo expor a discussão desse conflito entre princípios numa perspectiva acadêmica de fundamentação, usando os autores do presente trabalho. Sem o devido olhar para as questões políticas subjacentes.

Ainda no voto do ministro Barroso no HC 152.752, foi esclarecido que neste conflito entre princípios, a máxima da proporcionalidade usada por ele chegaria ao resultado da possibilidade de prisão. A sua fundamentação é a seguinte: quando se inicia a investigação em sede de inquérito a presunção de inocência tem enorme peso, sendo que o Estado que deve comprovar se houve algum crime, após oferecida a denúncia a presunção já diminui, após a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição há pouco peso a presunção de inocência, de modo que após o acórdão proferido em segunda instância a presunção de inocência já não tem

⁸ Pág. 04 do acórdão HC 126.292

⁹ Pág. 165 do acórdão do HC 152.752.

¹⁰ Pág. 166 do acórdão do HC 152.752.

¹¹ Pág. 166 e 167 do acórdão do HC 152.752.

¹² A presunção de inocência é um princípio pela teoria da proporcionalidade, pois sua aplicação em *graus variados* – conforme os ministros do supremo sugeriram - justificam ser ponderados.

peso suficiente contra a efetividade da jurisdição penal e seu cumprimento de imediato é inevitável¹³.

Sem levar em consideração o exame da *adequação* e *necessidade* como parte da análise do método ponderativo, conforme elucidado neste trabalho e que sem eles a ponderação logicamente restaria prejudicada, Luís Barroso já parte direto para a máxima da proporcionalidade. Seu raciocínio de justificação parece ser simples, quando do início da investigação há muito peso para a presunção de inocência e no fim, há pouco peso. Um exame da proporcionalidade sério deveria levar todos os aspectos da própria proporcionalidade em consideração. É isso que devemos fazer.

O exame da *adequação* neste caso se daria a responder se o meio - prisão em segunda instância - corresponderia ao fim, qual seja, a efetividade do direito penal, não gerando prescrições. A resposta é obviamente, sim. Permitida à prisão em segundo grau de jurisdição a efetividade jurisdicional seria alcançada. A primeira etapa parece ser superada, o meio - prisão em segunda instância - é adequado. No exame da *necessidade*, possivelmente analisaremos se há outro meio menos gravoso aos direitos fundamentais - no caso ao princípio da presunção de inocência - que do mesmo modo e com a mesma intensidade alcançasse o objetivo, a efetividade do direito penal. Se a meta for efetividade jurisdicional penal, poderemos alcançar de algumas outras maneiras, como, por exemplo, o investimento e estímulo ao poder judiciário para que as medidas sejam adotadas com celeridade. A contratação de pessoal seria essencial para que a efetividade jurisdicional seja alcançada, e os processos não gerassem prescrições em graus superiores. Gratificações aos magistrados outro meio, realizações de mutirões poderia ajudar. Meios que atinjam o fim e que restringem nada ou pouco os direitos fundamentais neste caso há vários. O grande ponto é a aplicabilidade

¹³ Pág. 177 do acórdão 152.752. Transcrição integral da passagem, nas próprias palavras do Ministro Barroso: “E como é que funciona a ponderação, no caso do princípio da presunção da não culpabilidade? Quando começa a investigação, a meu ver, o princípio da presunção de não culpabilidade tem um peso elevadíssimo, porque é o Estado que tem que provar que houve alguma coisa errada e que houve um crime; depois, quando vem a denúncia, aí já reduz, em alguma medida, o peso da presunção de inocência; quando vem a condenação em primeiro grau, diminui um pouco mais, aliás já diminuiu bastante; quando vem a condenação em segundo grau, o princípio da presunção de inocência perde peso e prevalecem os outros valores que devem prevalecer. Depois da condenação em segundo grau, já não é mais possível discutir nem a autoria nem a materialidade, logo, se alguém foi condenado em segundo grau, é porque o Estado estabeleceu uma certeza jurídica de que o fato ocorreu e de que aquela pessoa é a autora do fato. O que se vai discutir no Superior Tribunal de Justiça são questões de legalidade e o que se vai discutir no Supremo são questões de constitucionalidade, mas os fatos e as provas já não estão mais em questão. Portanto, a partir desse momento, a presunção de não culpabilidade perde para o interesse do sistema de justiça, para a proteção de todos esses valores.”

imediate destes institutos, eles geralmente são demorados para sua realização, como o concurso público, por exemplo, para a contratação de pessoal, que envolveria outras questões como a possibilidade de recursos financeiros, assim como gratificações por celeridade. De qualquer forma, mesmo se esses institutos aplicados simultaneamente poderia dar celeridade ao processo e prejudicar o mérito, uma vez que as questões penais e processuais penais envolvem tempo para uma solução minimamente correta. Por uma política a longo tempo esses institutos seriam úteis, mas para uma política minimamente célere eles não seriam eficientes no objetivo. O exame da *necessidade* é sempre complexo, conforme explicitado no item correspondente do trabalho, dado que na situação fática sempre há de surgir um meio que alcance o objetivo e que restringe menos os direitos fundamentais, conforme Ávila elucidou. Aqui, optamos que a prisão em segunda instância seja *necessária*, pois nenhum outro meio acima descrito responde com mesma intensidade e importância ao objetivo - que é a efetividade da jurisdição penal - dado que este é um dos requisitos do conceito da necessidade¹⁴.

Assim, a última etapa da proporcionalidade é a ponderação propriamente dita que analisa o grau de afetação ou restrição dos princípios envolvidos e o grau de satisfação do objetivo. A presunção de inocência tem bastante peso frente a muitos casos, porém ela perde peso dado à instância julgada, no caso a segunda. De fato, Barroso estava certo, em uma análise alexyana, devido ao processamento e julgamento do caso, a presunção de inocência vai perdendo peso para a efetividade jurisdicional, e uma aplicação antecipada da pena é autorizativa seguindo essa lógica. A ponderação em algum modo autoriza a possibilidade de prisão em segunda instância. O juízo da proporcionalidade em sentido estrito é subjetivo e por isso, posições contrárias ou até mesmo justificativas por outro sentido podem ser levantadas. A ideia é demonstrar que de algum modo ela tem correspondência no resultado da aplicação antecipada da pena. De algum modo, pode-se sustentar que a proporcionalidade garante a antecipação da pena, por uma linha de raciocínio, conforme demonstrado. E daqui, segue outro argumento com amparo na teoria alexyana, a de que princípios têm pesos relativos a depender do caso e que não tem um critério rígido de controle. Desse modo, o princípio da presunção da inocência não seria alcançado por questões pendentes de julgamento, como possivelmente um recurso especial no superior tribunal de justiça ou recurso extraordinário no

¹⁴ Transcrevo novamente o conceito de necessidade, por Virgílio Afonso da Silva: “realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a **mesma intensidade**, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2002) (grifo nosso).

supremo tribunal federal. Por esses recursos, por essência, não revisarem os fatos nem as provas da questão, simplesmente analisa a compatibilização com lei infraconstitucional ou a constituição, contra eles a presunção de inocência não alcançaria. Nas palavras do Relator Teori Albino Zavascki do HC 126.292, pág. 11:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Os princípios em Alexy têm pesos distintos, “graus de satisfação variados”. Portanto, uma satisfação não integral da presunção de inocência é plenamente aceitável no presente caso. O princípio da presunção é relativizado frente à efetividade do direito penal. Ele não alcançaria as discussões provenientes de recurso especial e extraordinário. Isso quer dizer que o indivíduo - condenado em segunda instância - não é presumido inocente ante as discussões em tribunais superiores.

Disto podemos ter algumas conclusões acerca da proporcionalidade. De algum modo, ela sustenta o entendimento de possibilidade de prisão após a segunda instância e garante que a presunção de inocência não é aceita nos tribunais superiores. Toda essa lógica posta tem base na teoria da proporcionalidade. Posição diversa é entendida pela compreensão de regras e princípios em Ronald Dworkin a que acredito ser mais satisfatória no caso, pois explicita melhor os conceitos e os aplica de modo substancial.

De acordo com a nossa perspectiva demonstrada nos excertos teóricos acima, a teoria dworkiniana tem outra base intrínseca e conseqüente outra resposta ao presente caso. A opção por ela aqui, é que sua justificativa é mais bem construída e justificada. A ideia é trazer como Dworkin responderia ao presente caso, de acordo com os textos acima citados.

Dworkin pretende construir uma teoria que dê conta dos casos complexos por ele demonstrado e que de algum modo correspondesse aos anseios do liberalismo. Por isso, sua teoria é liberal, ou seja, há pouca interferência em liberdades básicas do indivíduo. Ao dispor que o positivismo era insuficiente, ele separa os princípios em *sentido estrito* e *políticas*, conforme foi discorrido. Em síntese, princípios em sentido estrito dizem respeito ao indivíduo ou a um grupo, já as políticas são em regra, objetivos utilitaristas que objetivam algum

benefício à sociedade como um todo. Princípios não são vencidos por políticas facilmente, para ele são *trunfos* contra metas utilitaristas, mesmo que essas metas alcancem objetivos a uma maioria de pessoas. Sua perspectiva liberal é de que os princípios são o modo segundo o qual o cidadão pode invocá-los quando uma política tenta interferir no seu efetivo direito. Para Dworkin, tê-los quer dizer que não são facilmente vencidos, mas tê-los é uma questão restrita.

Se analisarmos o caso da prisão em segunda instância os princípios conflitantes dizem respeito a um *princípio em sentido estrito* - presunção da inocência - e uma *política, uma meta* - efetividade da jurisdição penal. A *presunção de não culpabilidade* diz respeito ao indivíduo, ou seja, todo aquele litigante num processo criminal é possuidor. Diz respeito a um direito individual. Já a *efetividade da jurisdição penal* é uma política, ou seja, um objetivo a ser alcançado. Espera-se que todo processo penal seja efetivo na aplicação da pena. Não diz respeito a uma pessoa, mas sim, a uma meta, a um objetivo utilitarista. A grande característica do princípio, aqueles em sentido estrito, é sua capacidade de suportar metas coletivas. A única maneira que R. Dworkin reconhece para que sobressaia a política em face do princípio é se demonstrado uma meta de urgência especial. Ao que parece, não há grande urgência para com a meta, ela precisa sim, ser célere, mas não significa que necessita ser urgente. Por isso, para Dworkin no caso, o princípio seria facilmente superior e com peso a mais que a política - efetividade da jurisdição penal. Transcrevo, novamente, Dworkin dizendo respeito a princípios e políticas, que expressa nos mesmos sentidos do caso da prisão em segunda instância, de uma pessoa que tem um recurso, e que seu direito em sentido forte possa ser usado mesmo contra uma decisão política:

Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido. (DWORKIN, 2002, págs. 142 e 143).

Ao outro argumento de que o princípio da não culpabilidade pode ser aplicado não integralmente. Para Dworkin, a isso não existe. Há no ordenamento somente uma resposta correta e essa estaria de acordo com todos os outros princípios. Para a proporcionalidade, a presunção de inocência pode ser fragmentada. Assim, não abarcam as questões de direito, somente as de fato, analisadas nas primeiras e segundas instâncias, conforme citamos acima.

No caso, a presunção de inocência é aplicada na sua integralidade tanto em questões de fatos arguidas na primeira e segunda instância como nas questões de direito analisadas nas instâncias superiores. Dizer que o réu tem presunção de inocência é dizer que pode aplicá-la em qualquer instância, pois se trata de um princípio em sentido estrito, ou então ele não tem, ou é superado por outro princípio em sentido estrito ou política com relevância e urgência.

Outro aspecto a ser levado em consideração é a força gravitacional dos precedentes. Devido o Estado perseguir metas diferentes é de se supor que elas - as metas - não têm força gravitacional, ou seja, não são embasamento para decisões futuras, conforme ratificado pelos ministros do supremo, argumentando em prol do HC 68.726, de 1991 que autoriza a prisão. Só há força gravitacional nos argumentos de princípio, portanto as decisões futuras, tanto no HC 126.292 de 2016 quanto no HC 152.752 de 2018, deveriam levar em conta somente os argumentos de princípio, por terem força gravitacional. Os argumentos de política como efetividade da jurisdição penal não tem força gravitacional.

A integridade como meio de resolução dos casos difíceis foi acima exposta pode ser aplicada no caso visando uma argumentação jurídica de modo como um autor a escrevesse. A integridade somente é aplicada se personificada a comunidade, ou seja, uma comunidade de princípios. Os juízes ao julgarem os casos devem pautar em argumentos de princípios, não em políticas, a sua decisão deve ser pautada em equidade, justiça e devido processo, sua fundamentação deve ser necessariamente um olhar para o passado, o que foi decidido e um fundamental olhar para o futuro. No caso da segunda instância a integridade se justifica pelo olhar a argumentos em favor dos indivíduos que não são vencidos por argumentos de política. O juiz Hércules, por exemplo, argumentaria que é uma garantia processual penal a presunção de inocência até em último momento ou instância a ser julgado. Que o argumento de efetividade da jurisdição penal, nada mais é que uma inversão de argumentação, ou seja, o judiciário reconhece sua demora em analisar os casos, a demora principalmente no superior tribunal de justiça, e coloca o ônus para o réu, que tem um princípio em sentido estrito a seu favor, consagrado por uma comunidade de princípios. Que uma decisão jurisdicional não poderia privilegiar uma *policy* em face de um princípio. Que justamente é tarefa do judiciário impor em face das políticas.

4.2. Críticas à Teoria da Ponderação

O último passo do presente trabalho consiste numa crítica à ponderação, método que Robert Alexy estabelece para os casos de conflitos entre princípios. Conforme exposto, trata-se de um raciocínio sequencial, que se seguido à risca, chega a uma resposta que pelo menos seja justificada. A grande maioria dos juízes no Brasil utiliza esse método para resolver conflitos. No Supremo Tribunal Federal, os ministros utilizam como guia justificativo para os casos difíceis, como se sabe a tarefa de um ministro do supremo é de algum modo justificar suas decisões, e para isso utilizam palavras bonitas e termos jurídicos para validade de determinada situação complexa. A ponderação corresponde perfeitamente a isso. O que não raramente acontece é a privação de liberdades fundamentais como base na ponderação. O exemplo da prisão em segunda instância é claro. Os ministros que a utilizaram para justificar a prisão, conforme visto, tem bases teóricas na teoria da proporcionalidade, por outro lado, princípios de forte valia no ordenamento, aqueles em sentido estrito, estão sendo facilmente violados, com a chancela da ponderação. O caso da prisão em segunda instância é mais um caso no qual se colocam objetivos estatais na mesma intensidade dos direitos fundamentais. Karl-Heinz Ladeur no livro *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, esclarece que a proporcionalidade tem nivelado os direitos fundamentais a imperativos do estado e acentua para um revigorar da teoria liberal dos direitos fundamentais. Citando E. W. Böckenförde que critica nesse sentido da ponderação vai dizer:

ele opõe-se à dogmática dos direitos fundamentais dominante, afirmando que ela não possuiria contornos e ignoraria as linhas de desenvolvimento histórico-genética dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem garantir o “desenvolvimento de uma abstrata liberdade arbitrária”; eles deveriam ser determinados por uma compreensão histórico-genética correspondente, acompanhados dos contornos de conflitos sociais (CAMPOS, 2016, pag. 200).

E conclui, dizendo a sua concepção:

A concepção aqui defendida muda o discurso e enfatiza a salvaguarda dos direitos fundamentais da auto-organização social em diferentes âmbitos funcionais e de sua formação de ordem através de redes de relações sociais. Ela afirma a existência de uma racionalidade horizontal independente que somente é compatível de forma limitada com a racionalidade estatal-hierárquica. (CAMPOS, 2016, pág. 201).

Em todo o livro a preocupação com a ponderação como o nivelamento de direitos fundamentais é colocada e discutida. No presente caso, é flagrante o nivelamento de um

direito fundamental frente a uma meta a ser seguida pelo Estado. Os direitos fundamentais são reduzidos a nada. Um repensar na teoria liberal dos direitos fundamentais é essencial.

5. Considerações conclusivas

O presente trabalho teve como finalidade discutir os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal possibilitando a prisão em segunda instância, qual seja o HC 126.292 de 2016 e o HC 152.752 de 2018. Para isso, foi necessário trazer a concepção de dois grandes juristas do ramo dos princípios e da teoria do direito, Robert Alexy e Ronald Dworkin. Foram expostas suas teorias - proporcionalidade e integridade - para a compreensão do caso. Nos mencionados julgados foram levantados contraposições de princípios, ou seja, os princípios por se tratarem em lógica distinta das regras haveria outra maneira de resolução em casos de conflitos. Para Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade seria a maneira racional de se chegar a um resultado, realizado as etapas de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* o resultado advindo seria coerente com o ordenamento e o princípio prevalecido teria mais peso no caso. Já Ronald Dworkin desde *Levando os Direitos a Sério* já preceitua o que ele considera princípios, aqueles em sentido forte, e eventual conflito contra uma *meta*. Para ele, a *meta* não prevalece contra um *princípio*, a não ser em grau elevado de urgência. Os princípios por se referirem a um direito individual são considerados *trunfos* contra a coletividade, ou seja, contra a meta. Em *Império do Direito* Dworkin continua a debater com os positivistas e inaugura o direito como um conceito interpretativo. Traz a integridade como solução para os hard cases, em síntese, numa sociedade personificada a decisão judicial deve vir respeitando o devido processo a equidade e justiça. A integridade é um efetivo olhar para trás, analisando os precedentes e para frente do há de vir.

Nos mencionados *habeas corpus* foram levantados contraposições entre princípios, entre o da presunção de não culpabilidade *versus* efetividade da jurisdição penal. O presente trabalho trabalhou esse conflito na perspectiva dos dois autores. Pela teoria da proporcionalidade pode-se sustentar a prisão em segundo grau de jurisdição, pela integridade, não. A opção pela integridade é que ela se mostra mais justificada no presente caso e que a ponderação, desde algum tempo tem sido debatida e criticada por ser violadora de direitos. O presente trabalho demonstra isso. A ponderação justifica a restrição a direitos fundamentais. E numa perspectiva liberal de direitos, essa restrição não corresponde ao que é o direito. No

fundo, como diz Dworkin, estamos discutindo sobre o conceito de direito. Estamos discutindo se a presunção de inocência é um princípio aplicável em graus superiores no ordenamento jurídico brasileiro. Estamos discutindo se determinado réu pode ser preso mesmo não esgotado os recursos. Estamos discutindo se um princípio em sentido forte tem prevalência ou não frente a uma meta. Estamos discutindo se para uma sociedade fundada em princípios, a violação de um é ou não suficiente. Enfim, estamos discutindo o conceito de direito. Terminando citando Ronald Dworkin que conclui sobre o que é o direito no *Império do Direito*, e que de alguma forma expressa o interesse do presente trabalho por essa compreensão na análise da prisão em segunda instância.

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, pelo poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (DWORKIN, 1999, pág. 492).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo. Malheiros.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2018. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68726/91 - Distrito Federal. Relator: Ministro Neri da Silveira. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em Outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84078/09 - Minas Gerais. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em Outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126262/16 - São Paulo. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em Outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152752/18 - Paraná. Relator: Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em Outubro de 2018.

CAMPOS, Ricardo org; JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo; LOPES, José Reinaldo de Lima coordenadores. *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática e a teoria social*. 2016. São Paulo: Saraiva.

COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito Ensaios Críticos e Analíticos*. 2018 Belo Horizonte: Arraes.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. 1999. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 1ª edição. 1986. Massachusetts London: Harvard University.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2002. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

GOMES, David Francisco Lopes. *Novas Possibilidades para o debate nacional acerca dos princípios: sobre “Crítica da Ponderação: Método Constitucional entre Dogmática Jurídica e a Teoria Social”*. 2017. Prim@ Facie, vol 16, número 33.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 2010. São Paulo: Elsevier.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. 2013. São Paulo, SP: Saraiva, 328 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2012. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O Liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: O caso da Liberdade de Expressão*. 2014. Dissertação (Dissertação em Direito) - USP. São Paulo, 254 p.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2005. 25ª edição. São Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. 2002. Revista dos Tribunais 798 p. 23-50.