

## A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE DWORKIN E SUA (INCORRETA) RECEPÇÃO NO BRASIL

### *DWORKIN'S THEORY OF PRINCIPLES AND ITS (INCORRECT) RECEPTION IN BRAZIL*

Anibal Castro de Sousa<sup>1</sup>

Márcia Arruda Alvim<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** *Introdução; 1 - O positivismo jurídico; 2 - O conceito de direito segundo H.L.A. Hart; 3 - Os pressupostos da crítica de Dworkin; 4 - Uma nova concepção de interpretação do direito crítica ao positivismo: os princípios; 5 - A maneira como a teoria dos princípios de Dworkin foi recepcionada no Brasil; Considerações finais: A má compreensão da teoria dos princípios proposta por Dworkin no Brasil; Referências.*

**RESUMO:** Este artigo pretende analisar — a partir da crítica ao positivismo feita por Ronald Dworkin em “O modelo de regras I”, no qual oferece um novo padrão de interpretação do direito, para além do padrão das regras — a questão dos princípios, e a incorreta recepção desta teoria no Brasil. Para tanto, a partir de um método hermenêutico e com revisão bibliográfica, iniciamos por abordar a concepção de direito dos positivistas, em especial a concepção de Hart, e os pressupostos teóricos do positivismo, segundo Dworkin, para a partir destas descrições apresentar a nova abordagem de interpretação do direito de Dworkin, os princípios, e como esta foi incorretamente recebida no Brasil.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Filosofia do Direito pela PUC/SP.

<sup>2</sup> Doutora em Direito e professora do núcleo de Mestrado da PUC/SP.

**PALAVRAS-CHAVE:** Positivismo. Princípios. Ronald Dworkin. Hart. Modelo de regras.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze Ronald Dworkin's critique of positivism in general and H.L.A. Hart's specific positivism in his text, "the rules model I", in which he offers a new standard for interpreting the law, beyond the standard of rules, which is one of the theoretical foundations of positivism, bringing to light legal principles and the incorrect reception of this theory in Brazil. To this end, we briefly describe the positivists' conception of law, especially that of Hart, and the theoretical assumptions of positivism, according to Dworkin, in order to use these descriptions to present Dworkin's new approach to interpreting law, which is principles, and how this theory of principles has been incorrectly interpreted in Brazil.*

**KEYWORDS:** *Positivism. Theory of principles. Ronald Dworkin. Hart. The model of rules.*

## INTRODUÇÃO

O norte-americano Ronald Dworkin é um dos juristas de língua inglesa mais influentes do século XX<sup>3</sup>, e talvez um dos juristas estrangeiros mais conhecido e estudado nos últimos anos no Brasil, no campo da filosofia do direito, mais especificamente na questão da interpretação e da decisão judicial, razão pela qual, talvez, tenha sido diversas vezes citado nominalmente em acórdãos do Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>.

Sua obra é vasta e complexa, e teve várias fases distintas, e o objetivo deste artigo é discorrer sobre a primeira fase de Dworkin, a partir da análise do célebre artigo denominado, "o modelo de regras I", publicado em 1967, e depois incorporado no

---

<sup>3</sup> BIX, Brian H. **Teoria do Direito: Fundamentos e Contextos**, tradução de Gilberto Morbach. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020.

<sup>4</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à cortesia** – Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2012.

capítulo segundo do livro, *Levando os direitos a sério*, publicado em 2002<sup>5</sup>, pela Editora Martins Fontes, e tradução de Nelson Boeira, de maneira a expor a teoria dos princípios e de que maneira referida teoria foi mal interpretada no Brasil.

No referido artigo, o autor foi muito claro no seu propósito de “lançar um ataque geral contra o positivismo<sup>4</sup>”, utilizando “a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”, de maneira que pretendemos contextualizar o positivismo jurídico e a concepção de Direito em Hart, de forma resumida, para a partir daí transcorrer sobre a crítica ao positivismo e especialmente ao positivismo de Hart, formulada por Dworkin no seu texto, “o modelo de regras I”, e apresentar a concepção dworkiniana de interpretação do direito como uma proposta alternativa ao positivismo, baseada na teoria dos princípios, para ao final formularmos uma crítica sobre a forma imprecisa que referida concepção teve no Brasil, levando a muitas decisões voluntaristas.

## 1 O POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo é uma concepção ou corrente de pensamento sobre o Direito complexa, que tem várias vertentes e interpretações e em distintos momentos históricos, desde pelo menos o século XVII até os dias atuais, de maneira a impor séria dificuldade de uma definição unívoca.

Para se ter uma ideia da complexidade e conseqüentemente da dificuldade de se formular uma definição sobre o positivismo jurídico, destacamos que há muitos autores clássicos, reconhecidos como positivistas hodiernamente, como por exemplo, Thomas Hobbes, que sequer conheciam esta denominação, em suas épocas, já que o termo “positivismo” é uma classificação do século XX. Mas, em linhas gerais, e sem comprometer a concepção do que vem a ser o positivismo jurídico, pode-se afirmar que é uma teoria que pretende descrever o direito como ele é e não como ele deve ser, e que por corolário pretende descrever o direito de maneira conceitualmente separado da moral.

---

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

John Austin, talvez, tenha conseguido sintetizar a máxima mais precisa sobre a ideia do positivismo ao afirmar que

a existência do direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos outra. Existir ou não é uma questão; estar de acordo a determinado padrão é outra. Uma lei que existe é uma lei, ainda que dela não gostemos, ainda que ela esteja em desacordo com aquilo que baseamos nossa aprovação ou desaprovação.<sup>6</sup>

## 2 O CONCEITO DE DIREITO SEGUNDO H.L.A. HART

H.L.A. Hart foi um filósofo positivista do Direito, que estava inserido no contexto da escola da filosofia analítica<sup>7</sup> e escreveu a importante obra, “O conceito de Direito”<sup>8</sup>, para apresentar sua concepção de direito e superar criticamente a doutrina positivista de Austin, até então dominante, e que entendia que o Direito estava baseado em um ato de autoridade, como comando de um soberano aos seus comandados, cuja desobediência acarretaria uma coerção, o que fundamentava o Direito como uma doutrina imperativista.

Ou seja, os direitos e deveres jurídicos dos cidadãos, para Austin, estavam fundamentados em uma ordem emanada de uma autoridade, sendo que esta autoridade estaria dispensada de seguir a ordem que emanou, mas que impunha uma ameaça ou coerção no caso de descumprimento dos súditos.

Hart não rejeita inteiramente que o Direito tenha também uma concepção imperativista, sobretudo nas chamadas regras primárias, que são as regras que estipulam deveres e obrigações às pessoas e que preveem uma punição no caso de descumprimento, mas entende que a visão do Direito de Austin, baseado apenas em regras primárias de deveres e obrigações impostas por autoridade, seria limitada às sociedades mais primitivas, pois neste caso:

---

<sup>6</sup> BIX, Brian H. **Teoria do Direito: Fundamentos e Contextos**, tradução de Gilberto Morbach. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 53.

<sup>7</sup> De maneira muito simplificada e apenas para contextualizar dentro da proposta limitada deste artigo o que vem a ser a filosofia analítica, esclarece-se que o próprio Hart afirma no prefácio do “conceito de Direito” que o livro seria um ensaio sobre a teoria jurídica analítica, e isto para os propósitos aqui estabelecidos quer dizer que fez uma descrição precisa, em linguagem jurídica, da estrutura, do conceito e do funcionamento do Direito. Sobre a filosofia analítica ver o artigo: LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 203- 226, out./dez. 2016.

<sup>8</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

as regras segundo as quais o grupo vive não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, exceto, claro, a de que são regras aceitas por um grupo particular de seres humanos<sup>9</sup>.

Esse sistema de regras primárias, portanto, seria insuficiente para descrever o Direito em sociedades mais complexas como as sociedades modernas, em que há claramente diversos outros tipos de regras de direito que não são concebidas no formato de comandos a serem obedecidos em virtude de uma coerção, mas que podem simplesmente regular ou dispor de situações da vida das pessoas, ou seja, regras meramente consuetudinárias, como por exemplo, as que dispõem sobre testamento, contratos, alterações legislativas, etc.

Por isso Hart defendeu em sua obra a existência de outro tipo de regra, além das regras primárias, que ele denominou como regras secundárias, que não estipulam deveres e obrigações fundamentadas numa sanção, mas que reconhecem, organizam e dão validade para as regras primárias, sendo que estas regras secundárias se dividem em três tipos, a saber: (a) regras de alteração, (b) regras de julgamento e (c) regras de reconhecimento.

As regras de alteração são aquelas que preveem e que permitem alterações das regras primárias, alterando o estado de deveres e obrigações das pessoas, permitindo uma evolução do sistema jurídico, pois do contrário, se não houvesse as regras de alteração, as regras primárias estipulariam direitos e obrigações perpetuadas no tempo e que certamente seriam superadas pela evolução da realidade factual da vida e da passagem do tempo.

As regras de julgamento são aquelas que estipulam a maneira pelas quais as regras primárias poderão ser interpretadas nos casos de divergências sobre a aplicação delas em uma situação concreta; são regras que preveem a criação de órgãos julgadores que poderão dizer qual é a interpretação válida da regra em um cenário de divergência ou conflito das regras, dando mais segurança a determinada sociedade jurídica.

Por fim, as regras de reconhecimento, mais complexa que as demais, são as regras percebidas e aceitas pela comunidade e pelas autoridades desta comunidade,

---

<sup>9</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 102.

advindas das decisões do passado, dos costumes, em uma espécie de convenção social aceita pelos oficiais. Ou seja, o direito está fundado nas relações sociais existentes e aceitas como tal em uma determinada sociedade, proveniente de argumentações e comportamentos aceitos, cujo consenso social levou a aceitação dos oficiais, que são os aplicadores e intérpretes do direito em uma determinada sociedade<sup>10</sup>.

Portanto, um sistema jurídico, para Hart, existiria mediante a união de funcionamento das regras primárias e secundárias, que dariam juridicidade ao sistema de regras, e não dependeriam de ato de autoridade, pois teriam autonomia jurídica na sua engrenagem de validação, imperatividade, alteração e julgamento, o que ele denominou como sendo um conceito bifronte, que “visa tanto a obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias padrões críticos comuns de comportamento oficial”.<sup>10</sup>

Hart avança sua análise do conceito de direito para a questão da interpretação das regras e argumenta que devido aos limites da linguagem dos textos normativos, as normas detêm um grau de “textura aberta” à interpretação, de maneira que nos casos fáceis o sistema de regras seria suficiente para a resolução de conflitos, mas, devido ao limite semântico da interpretação destas, sobretudo nos casos difíceis, o Juiz, nestes casos, teria que decidir com discricionariedade dentro da “textura aberta”<sup>11</sup>.

E é basicamente neste ponto da discricionariedade na interpretação do direito, na denominada “textura aberta” das regras, que Dworkin sedimentará sua crítica e proporá uma nova concepção de interpretação do direito distinta da positivista, e fundamentada em outros padrões interpretativos distinto do das regras, de modo a evitar a ocorrência da discricionariedade do juiz na interpretação do direito, mesmo nos casos difíceis.

Para compreender esta nova concepção de direito, passa-se a resumir as teorias positivistas, segundo a visão ou leitura que Dworkin fez do positivismo jurídico de Hart.

---

<sup>10</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 90-109, 112-135.

<sup>10</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001

<sup>11</sup> HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001

### 3 OS PRESSUPOSTOS DA CRÍTICA DE DWORKIN

Baseado, portanto, na descrição de direito de Hart, Dworkin estabelece o que para ele seriam os pressupostos ou o “esqueleto do positivismo”, em três grandes pilares, os quais ele vai criticar na sequência, a saber: o direito de uma determinada sociedade é formado por um conjunto de regras interrelacionadas direta ou indiretamente com o propósito de estabelecer qual comportamento social poderá ser punido ou coagido pelo Poder Público, sendo que estas regras podem ser identificadas se são válidas ou não, independentemente de seu conteúdo, mediante um teste de pedigree; o Direito de uma determinada sociedade se confunde com o conjunto de regras desta sociedade, de maneira tal, que todas as questões devem ser decididas de acordo com este conjunto de regras e se por acaso alguma questão não puder ser decidida pelas regras existentes, então a questão não pode ser decidida pelo direito desta sociedade e caberá a alguma autoridade judicial decidir de acordo com seu discernimento pessoal, ou seja, além do direito, para encontrar outro padrão que oriente a interpretação a ser dada no caso. (tese da discricionariedade); considera-se que uma determinada pessoa tenha “obrigação jurídica” se seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que a pessoa faça ou deixe de fazer alguma coisa, e na ausência desta regra válida, se um juiz decide uma determinada questão ele não estará fazendo cumprir uma “obrigação jurídica” deste sistema, e, portanto, não estará seguindo uma regra. (padrão tudo ou nada).

Desta forma, foram sintetizados os três alvos principais das críticas ao positivismo que fundamentam a nova concepção de direito que será apresentada, e estes alvos, foram denominados, em linguagem dworkiniana, como: a) teste de pedigree, para a validade da regra, b) o padrão tudo ou não da regra, c) a tese da discricionariedade na interpretação do direito.

Nos tópicos seguintes passaremos a expor cada uma das três críticas ao positivismo, elencadas nos itens anteriores, à medida que descrevemos também a nova concepção de interpretação do direito segundo Dworkin: os princípios.

#### 4 UMA NOVA CONCEPÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CRÍTICA AO POSITIVISMO: OS PRINCÍPIOS

Dworkin define o positivismo como 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”<sup>12</sup>.

Sendo um modelo de regras, não admite outros padrões na interpretação do direito que não sejam estas, ignorando que na prática do direito os juízes se utilizam de outros padrões, sobretudo quando decidem os casos denominados difíceis, e estes padrões são os princípios, as políticas e outros tipos de padrão, que foram todos denominados, de modo lato, como princípios.

Os princípios, nesta nova concepção do Direito, devem ser observados não para promover ou assegurar uma situação econômica, política e social específica, mas porque “são uma exigência da justiça ou equidade ou qualquer outra dimensão da moralidade política”<sup>13</sup>. Ou seja, na concepção dworkiniana, os princípios devem dar uma orientação, um norte valorativo pela equidade e na busca de justiça à aplicação da regra.

Foi a partir da observação de julgamentos de casos concretos, especificamente de dois casos, (i) Riggs contra Palmer e (ii) Henningsen contra Bloomfield, Inc, que Dworkin observou que os juízes se utilizam dos princípios, novo padrão de interpretação do direito, justamente para decidir a questão nos chamados casos difíceis.

No primeiro caso, (i), ocorrido na cidade de Nova York, no ano de 1889, um jovem que seria herdeiro de uma fortuna a ser deixada pelo seu avô, do qual ele tinha conhecimento de que era o beneficiário único de um testamento, após constatar que o avô iniciara um relacionamento com outra mulher, e que por isso ele poderia ser preterido, no futuro, deste testamento, decidiu assassinar seu avô, uma vez que as leis testamentárias vigentes à época, não retirariam o direito de o beneficiário receber a herança testamentária caso viesse a cometer homicídio contra o testador.

A Corte na ocasião decidiu que Palmer, o assassino, não deveria receber a herança, e argumentou que muito embora a lei testamentária vigente à época, se

---

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 36.



interpretada na sua literalidade, não impedisse que o assassino confesso recebesse a herança, não seria possível, ou melhor, jurídico, que um assassino pudesse se beneficiar do próprio ato ilícito, ou, segundo a nossa concepção de direito brasileira, não seria possível que alguém se beneficiasse da própria torpeza.

No segundo caso, (ii), ocorrido na cidade de Nova Jérsei, no ano de 1969, o Tribunal teve que resolver uma questão para saber até que ponto um fabricante de automóveis poderia limitar sua responsabilidade no caso de ter vendido um automóvel defeituoso.

Isso porque o consumidor, Henningsen, havia comprado um automóvel e assinado um contrato de garantia pela qual a fabricante se responsabilizava apenas pela reposição de peças defeituosas e essa garantia estava limitada apenas à substituição de peças e não era estendida para quaisquer outras responsabilidades por ventura atribuídas à fabricante, sendo que houve um acidente envolvendo o veículo e o consumidor, por consequência de defeito na peça, que gerou danos ao motorista, gravemente ferido, ao veículo e a terceiros, e a fabricante se recusara a se responsabilizar por tais danos, considerados indiretos, devido ao contrato limitador da responsabilidade assinado pelo consumidor.

No caso, o Tribunal, embora reconhecesse a existência da autonomia da vontade e do poder de vinculação dos contratos, que limitavam contratualmente a garantia contratada, entendeu que em se tratando de fabricante de veículos, cujo produto, automóvel, além de ser muito necessário na vida cotidiana, é reconhecidamente perigoso, tanto para o motorista, quanto para os passageiros e público em geral, e que essa especificidade do perigo para os consumidores deveria ser levada em conta na decisão, pois a aplicação absoluta da teoria dos contratos, em detrimento do direito dos consumidores, feriria equidade, decidiu pela condenação da fabricante de veículos a indenizar integralmente os danos acarretados ao consumidor, inclusive os danos indiretos.

O que vale dizer, o Tribunal se utilizou de um padrão, princípio, direito dos consumidores, que não negou a existência de outros princípios como, por exemplo, o da vinculação dos contratos e da autonomia da vontade, mas orientou e deu um norte e um sentido para a interpretação, em que o contrato envolvendo perigo para o

consumidor não pode ser interpretado de maneira restritiva a direitos como o direito de indenização em caso de acidente, inclusive quanto a danos indiretos.

Com estes exemplos citados, Dworkin quer nos mostrar que os princípios não funcionam como as regras, ou seja, não funcionam na sistemática do tudo ou nada, em que as regras são aplicáveis ou não são aplicáveis, eis que na aplicação destas não haveria espaço para a deliberação de quais valores devem ou não serem seguidos, pois funcionam de maneira binária: incidem ou não incidem.

Os princípios oferecem um sentido e uma direção valorativa para a interpretação das regras, enunciando a razão que conduz o argumento em um certo norte, e conseqüentemente orientando o julgador na resolução do caso concreto.

Os princípios não são regras do sistema jurídico no sentido de conterem a descrição exata da hipótese fática positivada previamente, embora haja também princípios positivados no formato de regras, mas se caracterizam por serem enunciados valorativos do próprio sistema jurídico, e somente se concretizam como regra quando aplicados para a resolução de uma questão fática decidida por uma autoridade, de maneira que, uma vez aplicado um princípio para a resolução de um caso concreto passa este a ser uma regra para aquele caso.

Nos casos concretos referenciados por Dworkin, testamento e consumidor, muito embora a resolução concreta da situação, quer fosse pela aplicação das regras ou dos princípios, tenham tido um funcionamento similar, no sentido de que a questão foi decidida definitivamente pelo Direito, havia uma diferença fundamental quanto a natureza da orientação oferecida para a interpretação, pois as regras não puderam ser aplicadas na forma existente, já que não previam especificamente as hipóteses concretas havidas, (“tudo ou nada”), enquanto que os princípios foram capazes de dar um norte e um fundamento jurídico para a interpretação das regras que prevaleceu.

Ou seja, o princípio, mesmo não tratando especificamente da hipótese do caso concreto, pode dar uma direção de como as regras específicas e existentes devem ser interpretadas naquele caso referido, por isso que embora os princípios sejam fios condutores da interpretação, são dependentes de uma decisão particular concreta que deverá seguir o sentido orientado pelo princípio naquela situação. Isso quer dizer que, enquanto não aplicado no caso concreto o princípio não é uma regra no sentido de

norma positivada in abstracto, mas quando aplicado ao caso passa a ter a força de uma regra do sistema jurídico.

Portanto, atuando o princípio como uma espécie de bússola interpretativa pelo qual a decisão deve ser orientada, naquelas circunstâncias e em razão daqueles motivos do caso concreto, a despeito de existirem outros princípios em sentido contrário, mas que naquele contexto não seriam aplicáveis da mesma forma e pelas mesmas razões que o outro princípio que prevaleceu, este não se encaixa na sistemática do tudo ou nada.

Isto quer dizer que entre o princípio da validade da declaração de última vontade do testador e o princípio da impossibilidade de se valer da própria torpeza, naquele caso concreto do testamento, prevaleceu esse último princípio, já que não havia uma regra prevendo a situação específica do caso do beneficiário que assassina o testador para autobenefício, pois se houvesse uma regra, esta seria aplicada na sistemática do tudo ou nada. Da mesma forma, entre os princípios da força vinculativa dos contratos e da autonomia da vontade contratual, e o princípio da proteção do consumidor, naquele caso concreto da fabricante de veículos, prevaleceu esse último, pois também não havia uma regra específica prevendo que no caso de venda de automóveis estaria embutido na compra e venda a garantia de um seguro a favor do consumidor que cobriria indenização por danos diretos e indiretos na hipótese de falha mecânica do automóvel.

Com isso, Dworkin apresenta uma segunda diferenciação entre princípio e regra, dizendo que aquele tem uma dimensão de peso ou importância, não presente na regra, pois não podemos avaliar a importância da regra na sua aplicação. Podemos apenas dizer se, funcionalmente, uma regra é importante ou desimportante, mas não na aplicação.

Por isso que quando há um conflito de regras, apenas uma é válida e a outra não, e a decisão de saber qual regra é válida e qual não é, está em um controle acima das regras, em um controle de validade das regras. Ou seja, aplicando a tese do tudo ou nada, chega-se à conclusão que numa situação de conflito de duas regras, uma deve necessariamente invalidar a outra. O mesmo não ocorre com os princípios, dada sua dimensão de peso, de modo que a prevalência de um determinado princípio na aplicação de um caso concreto não significa que houve a exclusão de outro princípio,

que tenha um sentido oposto ao que prevaleceu, mas apenas indica que o princípio que prevaleceu tinha uma dimensão de peso maior do que o outro que não prevaleceu, no contexto daquele caso concreto específico. Assim, diferentemente da regra, se houver um conflito de princípios, a aplicação de um não exclui a existência do outro.

Ao se aplicar os princípios, como novo padrão de interpretação, diferente do padrão baseado nas regras, estariam os juízes praticando a discricionariedade, um dos pontos de crítica que Dworkin fez ao positivismo?

Dworkin ao tratar do poder discricionário volta a criticar os positivistas asseverando que estes extraíram este conceito a partir da linguagem ordinária e que seria necessário restabelecer o habitat natural deste conceito, que necessariamente estaria em um contexto em que alguém, o que pode exercer ou não a discricionariedade, seria encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidas por uma determinada autoridade, ou seja, apenas em um ambiente em que há regras estabelecidas por alguma autoridade é que faria sentido falar em poder discricionário daquele que poderia, com um certo limite, decidir a partir do que fora permitido por tais regras.

Exemplifica que faria sentido falar-se de poder discricionário de um Sargento que deve se submeter às ordens de seus superiores ou de um juiz de competição de determinado jogo regado, que deve seguir a autoridade que emite e controla as regras do jogo, como por exemplo, um juiz de futebol.

Esmiuçando mais ainda a questão, Dworkin estabelece dois sentidos para a discricionariedade na decisão, classificando como forte ou fraca, a depender do contexto, e para exemplificar cita, novamente, a figura do Sargento, que se, por hipótese, lhe for solicitado, pelo Tenente, para escolher os cinco homens mais experientes do batalhão para uma determinada missão, exercerá uma discricionariedade no sentido fraco, pois a ordem pretende dirigir a decisão do Sargento, já que os mais experientes seriam aqueles que têm mais tempo no serviço militar e não dependeria de uma decisão pessoal do Sargento. Mas, caso o Tenente, na sequência, tivesse determinado ao mesmo Sargento que ele escolhesse os cinco homens que ele entende serem os mais experientes, seria uma discricionariedade no

sentido forte, pois caberia ao Sargento, neste caso, avaliar por si mesmo a decisão e não haveria um critério preestabelecido a ser seguido.

Adverte, porém Dworkin, que mesmo na hipótese da discricionariedade forte, como o segundo exemplo do Sargento, não quer dizer que este tem o poder ilimitado, sem sujeitar-se a critérios coerentes e sem ser imune à crítica por sua decisão, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular, no caso a do Tenente. Com esta classificação entre poder discricionário forte ou fraco e com os exemplos do Sargento, Dworkin transporta a questão para a análise do poder discricionário do Juiz, que, na visão dos positivistas, deve decidir discricionariamente sempre que não houver uma regra estabelecida que possa ser utilizada para a resolução do caso concreto.

Segue sua crítica ao positivismo asseverando que ora atribuem esse poder discricionário do Juiz fraco e ora como forte, de maneira que não há um consenso dos positivistas a respeito, mas, de qualquer modo, a crítica mais contundente se refere ao fato de os positivistas entenderem que o juiz não estaria sujeito a nenhum tipo de controle da decisão discricionária, seja fraca ou forte, como se pudesse decidir simplesmente por sua própria vontade, de acordo com a sua consciência. Seria o caso do Juiz solipsista.

É que os positivistas argumentam que ou os princípios seriam na verdade regras, que deveriam ser válidas de acordo com a regra de reconhecimento ou então são políticas da moralidade, ou padrões extrajurídicos, e que, portanto, não diriam respeito a teoria do direito, já que caberia ao juiz solipsista decidir. Dworkin nega os dois argumentos dos positivistas, aduzindo que não é admissível uma discricionariedade absoluta, eis que sempre haverá uma interpretação correta e jurídica, e que os princípios não se sujeitariam à regra de reconhecimento, e por isso, a teoria positivista do direito estaria fundada em bases totalmente falsas, daí a necessidade de uma nova concepção de direito, que é a concepção proposta por Dworkin. Passa-se a análise das razões pelas quais os princípios não se sujeitam ao chamado teste de pedigree, ou seja, não se sujeitam à regra de reconhecimento, nos termos proposto por Hart.

Finalmente, ao sedimentar sua terceira crítica ao positivismo e propor a aplicação deste novo padrão interpretativo do direito, que são os princípios, que não se adequam ao padrão das regras, Dworkin demonstra que os princípios sequer poderiam ser aferíveis ao teste do pedigree, ou seja, não seria possível que uma regra de reconhecimento, nos termos propostos por Hart, viesse a validá-los e torná-los parte do sistema jurídico.

Com efeito, a regra de reconhecimento proposta por Hart pressupõe, segundo Dworkin, que a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou, quer seja por intermédio de um poder legislativo, ou por leis criadas pelos juízes para determinados casos específicos e que acabaram se tornando um precedente válido para casos futuros.

No caso da aplicação dos princípios paradigmas relatados por Dworkin, (i) *Riggs vs. Palmer* e (ii) *Henningsen contra Bloomfield, Inc*, estes não se originaram mediante promulgação por uma autoridade competente como um poder legislativo e tampouco de uma decisão de um Tribunal, mas, ao contrário, foram provenientes de uma compreensão pública do direito dos próprios operadores ao longo dos anos, sendo que sua perpetuação depende da manutenção desta compreensão e do que é apropriado ao um determinado caso, de maneira que, se deixar de parecer injusto que as pessoas se beneficiem da própria torpeza para benefício próprio podendo cometer até homicídio para se enriquecerem ou se deixar de parecer justo que se imponham ônus contratuais específicos para as empresas que vendem máquinas potencialmente perigosas ao consumidores, tais princípios deixarão de serem aplicados.

Ao falarmos de princípios temos que ter em mente que falamos de padrões que embora existentes no sistema jurídica estão em contínua transformação, desenvolvimento e mútua interação, cuja interpretação e aplicação leva em consideração a responsabilidade institucional, as demais leis existentes, os precedentes vinculativos e as práticas morais contemporâneas daquela comunidade, além de outros princípios provenientes deste sistema jurídico. Os princípios são extraídos do próprio ordenamento jurídico, das decisões do passado, do entendimento dos cidadãos, são fruto de uma construção da prática do direito e aceita por toda a comunidade dentro do espectro da moralidade política de uma determinada sociedade jurídica.

E toda essa amálgama inerente à ideia de princípio não poderia ser aglutinada em uma regra complexa como a regra de reconhecimento, pois nos termos propostos por Hart, a regra de reconhecimento deve ser estável e exige algumas características típicas de uma regra padrão, como uma descrição geral de uma conduta específica, a aplicação do padrão tudo ou nada, e sobretudo um critério de teste de validade das demais regras, que estaria em um plano diferente, superior das demais regras, características incompatíveis com o padrão dos princípios.

Além disso, ainda que estivéssemos tratando de princípios que derivam ou tem apoio direto de instituições jurídicas legiferantes, e como tal se assemelhariam a uma regra, como por exemplo, o princípio da legalidade ou federativo, estes não se enquadrariam, também, no conceito de regra de reconhecimento, ou não seriam aferíveis pela regra do pedigree, pelas mesmas razões aduzidas, de maneira que não se caracterizariam como uma regra que descreve uma conduta específica a ser aplicada na sistemática do tudo ou nada.

Mais do que isso, pois as técnicas que se aplicam para argumentar a favor dos princípios não se situam em planos diferentes, como no caso da regra de reconhecimento e as regras primárias, e sim no mesmo plano, pois os princípios são extraídos deste sistema e são ou não considerados na aplicação do direito a depender do grau de seu peso àquele caso concreto, e não por critério de hierarquia entre princípios. No caso da regra de reconhecimento proposta por Hart, as regras precisam ser aceitas e aplicadas pelos oficiais, ou seja, válidas, para que depois possam validar as demais regras que regem as condutas e que tratam dos critérios de alteração e julgamento, de maneira que há uma engrenagem de interação das regras primárias e secundárias, mas situadas em planos distintos: o da validade e o da aplicação.

Assim, enquanto no conceito proposto por Hart, a regra de reconhecimento daria validade à regra, na medida em que houve a aceitação desta pelos oficiais, e depois disto a regra estaria apta a ser aplicada, em uma engrenagem que funciona em planos diferentes, esta mesma técnica não pode ser utilizada quando se fala em princípio, que não pode ser aferível em termo de validade no sistema, como se houvesse uma fonte primária, regra de reconhecimento, que pudesse validar todos os princípios existentes, para depois aplicá-los, pois tal desiderato seria impossível. Diante de tal constatação, de que nenhuma regra de reconhecimento pode testar a

validade de um princípio, Dworkin questiona, *ad argumentandum tantum*, o que aconteceria se supuséssemos os princípios como sendo a última instância do direito, funcionando eles próprios como os formadores da regra de reconhecimento, neste caso exigir-se-ia que para esta regra de reconhecimento se enunciassem todos os princípios existentes no sistema de maneira que se pudesse aferir a validade destes?

Certamente seríamos malsucedidos nesta questão, pois os princípios são controversos, incontáveis, se transformam com muita rapidez e sua dimensão de peso tem extrema relevância, de modo que seria praticamente impossível enumerá-los todos. De mais a mais, se a regra de reconhecimento fosse composta pelo conjunto completo dos princípios em vigor, chegaríamos a tautologia de que o direito é o direito, segundo Dworkin.

Conclui, então, Dworkin, deixando a tese do positivismo no seguinte paradoxo: (i) se admitirmos a teoria da obrigação jurídica de que apenas uma regra na sistemática hartiniana pode estabelecer uma obrigação jurídica e que nos casos difíceis, na ausência desta regra, caberia ao juiz criar uma nova regra para estabelecer a obrigação jurídica, isso seria legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação jurídica existente. Neste caso, teríamos que admitir que a decisão *ex post facto* não seria direito, mas fruto da discricionariedade do juiz. Por outro lado, (ii) se admitirmos que os princípios são direito, necessariamente teríamos que abandonar o teste do pedigree, conforme argumentado, uma vez que não é possível aferir a validade do princípio, e nesse caso ruiria o sistema de validade das regras pela regra de reconhecimento e conseqüentemente toda a teoria de direito formulada por Hart baseada em um conjunto de regras.

Por isso que, segundo a concepção de direito de Dworkin, os princípios são modos válidos de interpretar o direito efetivamente e isso torna possível que uma obrigação jurídica, mesmo nos casos difíceis, possa ser imposta por uma constelação de princípios, ou mesmo por alguma regra estabelecida, de maneira que uma “obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela”<sup>14</sup>. Isto quer dizer que na concepção da interpretação do direito proposta por Dworkin não existe espaço para a

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 71.



discricionariedade do juiz, no sentido de que ela possa decidir sem critério, de maneira solipsista, nem nos casos difíceis, e a solução do caso sempre será jurídica, baseada no direito e sempre haverá uma resposta correta e coerente proveniente do sistema jurídico, e para tanto, caso o sistema de regras apresente lacunas, deve-se aplicar os princípios na interpretação do direito, quer seja nos casos fáceis, quer seja os casos difíceis, sendo estes a pedra angular para dar integridade e coerência na aplicação.

Depreende-se da crítica dworkiniana ao positivismo que a (i) concepção de direito baseada em um conjunto de regras, as que dão validade e as que são aplicáveis por terem sido validadas, são insuficientes para explicar o fenômeno jurídico, já que os juízes se utilizam de outro padrão que não são as regras, mas sim os princípios, além disto, se nos mantivermos fieis a esta concepção do positivismo (ii) isto implicaria que aplicássemos a sistemática do tudo ou nada, no sentido de uma regra ser válida ou ser inválida, e este método também seria insuficiente para explicar o direito, uma vez que não pode ser aplicado o mesmo método para os princípios, que não seguem a sistemática do tudo ou nada e isso invalidaria a teoria proposta por Hart. Da mesma forma, seguir a teoria dos positivistas (iii) implicaria também reconhecer que dentro do conjunto de regras existe uma regra maior e absoluta que seria responsável por validar as demais regras do sistema, denominada regra de reconhecimento, e esta regra mestra não poderia validar e nem mesmo ser aplicada para explicar a existência dos princípios, já que estes não podem ser validados por uma regra de reconhecimento nos moldes hartianos. Por fim, se aceitássemos a teoria positivista, necessariamente teríamos que (iv) admitir que há uma textura aberta nas regras, e tal fato nos forçaria conviver com a discricionariedade judicial, sobretudo nos casos difíceis, em que o juiz ao julgar um caso não previsto em uma determinada norma, poderia criar uma nova norma e esta não seria parte integrante do conceito de direito.

E é exatamente para se contrapor sobretudo a discricionariedade que Dworkin propôs sua nova concepção de direito, que não está fundamentada por um conjunto de regras apenas, mas que reconhece a existência de outro padrão interpretativo, que são os princípios, e estes devem ser entendidos nesta nova concepção como vetores valorativos extraídos do próprio sistema, da moralidade de determinada sociedade, dos precedentes, e que indicarão o caminho para a melhor interpretação do direito, ou

dito de modo diverso, estes enunciados valorativos extraído do próprio sistema jurídico têm uma dimensão de peso no momento de sua aplicação, de maneira que em um determinado caso pode ser que um princípio prevaleça sobre o outro no mesmo caso a depender das circunstâncias específicas do referido caso, já que não são enunciados preestabelecidos, universais e estanques como as regras, mas que estão em transformação e desenvolvimento e sua aplicação deve ser considerada no caso concreto e em mútua interação com as demais regras existentes, com os precedentes vinculativos, com as práticas morais vigentes, e com responsabilidade institucional do juiz.

## 5 A MANEIRA COMO A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE DWORKIN FOI RECEPCIONADA NO BRASIL

Lenio Streck , em sua obra *Verdade e Consenso*<sup>15</sup>, sintetiza muito claramente como a teoria dos princípios de Dworkin foi mau recepcionada no Brasil, apontado pelo menos três pontos problemáticos, sendo que o primeiro diz respeito à generalização de um entendimento comum pelo qual as regras se aplicariam por subsunção e os princípios por ponderação (Alexy), criando assim uma divisão interpretativa entre regras e princípios inexistentes na teoria dworkiniana, que é integrativa de regras e princípios. Um segundo ponto, seria a ideia de que as regras seriam enunciados fechados que não permitiriam uma expansão interpretativa enquanto que os princípios seriam abertos e possibilitariam uma maior margem do intérprete, e desta forma transferir-se-ia o problema semântico da regra (ambiguidade e vagueza ou “textura aberta”) para o princípio, desvirtuando a teoria dos princípios proposta por Dworkin, em que estes (princípios) indicam o modo correto de interpretação das próprias regras, resolvendo justamente a questão da discricionariedade, da vagueza, e não sendo mais um tipo legal aberto à discricionariedade. O terceiro ponto seria a positivação de muitos princípios nos textos

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2017.

legais, fato que enfatizaria e reforçaria a ideia de se aplicar o método da subsunção aos princípios.

Ora, Dworkin, em sua teoria, apresentou uma distinção da regra e do princípio e não uma cisão, pois as regras não são interpretadas sem os princípios, sendo que estes dão o norte valorativo e de sentido para a regra em um determinado caso concreto. É que as regras se constituem como modalidades objetivas da solução de conflitos, todas escritas previamente e de maneira absolutamente geral e universal, e o princípio, que não está necessariamente escrito, pré-definido, apenas dá legitimidade e sentido à solução do caso concreto na aplicação da regra genérica, pois a decisão concreta passa a ser integrada entre a regra e o princípio, uma vez que o princípio está presente na própria regra, mas não de maneira escrita, prevista, e sim de maneira dedutível do sistema no momento da aplicação do caso concreto.

Os princípios advém, pois do sistema jurídico, da moralidade pública de determinada comunidade em determinado tempo, advém também das decisões do passado, e o princípio somente terá sentido, em um caso concreto, se aplicado para reforçar e legitimar a regra, dando sentido jurídico àquela regra naquele caso específico, e não como mais uma ferramenta teórica ou semântica a justificar a discricionariedade da decisão, de modo que o juiz não é livre para evocar o princípio que mais lhe agrada naquele momento, mas deve se utilizar da integridade e coerência de todo o sistema, da moralidade política e das decisões do passado que vem sendo construído ao longo do tempo numa determinada comunidade jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS: A MÁ COMPREENSÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS PROPOSTA POR DWORKIN NO BRASIL**

Mesmo estas considerações terem sido citadas diversas vezes no texto de Dworkin<sup>16</sup>, a recepção desta teoria no Brasil não foi das melhores, pois interpretou-se

---

<sup>16</sup> “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 nos for solicitado (o que pode bem ocorrer) defender a doutrina particular do precedente ou a técnica de interpretação das leis que utilizamos nesta argumentação, deveríamos certamente citar a prática de outros quando empregam aquela doutrina ou aquela técnica. Mas deveríamos citar outros

equivocadamente que caberia aos juízes valorar e escolher subjetivamente os princípios na resolução dos casos, como se os princípios fossem uma espécie de coringa a ser colocado na mesa e adaptado a qualquer tipo de decisão, sempre que necessário.

Muitas decisões judiciais dos Tribunais brasileiros e boa parte da dogmática parece ter recebido a teoria dos princípios, que Dworkin conceituou como uma espécie de bússola valorativa vetorial que visa a equidade e a justiça na interpretação, e que é extraída do próprio sistema jurídico para dar norte e sentido para a interpretação do direito, como uma simples mudança no eixo do intérprete ao exercer sua discricionariedade, e não como uma forma de dar integridade à interpretação. Ou seja, tiveram o entendimento absolutamente errático de que antes da apresentação da teoria dos princípios, o juiz exercia a discricionariedade devido a ausência de uma regra específica e criava a regra no ato de decidir, por decorrência da textura aberta da regra (problema semântico), e agora, baseando na teoria dos princípios, o Juiz continuaria, na visão errônea de como a teoria foi mal recebida no Brasil, a exercer a discricionariedade mediante a aplicação direta dos princípios, atribuindo a estes um valor ou um peso segundo seus critérios e valores pessoais e não como valores intersubjetivos, construídos e aceitos pela moralidade política ao longo do processo de evolução jurídica de uma determinada comunidade.

Ou seja, se antes o Juiz, pela teoria dos positivistas, exercia a discricionariedade nos chamados casos difíceis ao decidir quando não havia uma regra no sistema de regras, agora, seguindo a teoria dworkiniana, este mesmo juiz, continuaria a decidir pela discricionariedade, mas com fundamento diverso, baseado em um princípio que ele poderia sacar da cartola, sempre que necessário, e valorar ou atribuir o peso que entender melhor e como bem quiser para apenas justificar sua decisão, que continuaria a ser solipsista e discricionária.

Dito de uma maneira diversa, adotou-se um critério valorativo, princípio, que teria um peso simbólico muito mais forte para justificar a discricionariedade judicial,

---

princípios gerais que, acreditamos, sustentam essa prática e isso introduz uma nota de validade no acordo de aceitação. Poderíamos argumentar, por exemplo, que o uso que fazemos de casos e leis anteriores é sustentado por uma análise particular do significado da prática dos legisladores ou da doutrina do precedente, pelos princípios da teoria democrática, por uma posição particular na divisão adequada de autoridade entre instituições nacionais e locais ou por alguma outra coisa desse po".  
DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 66.

pois a discricionariedade estaria fundamentada pela atribuição de um valor a um determinado princípio, de modo que a leitura que parece ter sido feita, a partir da concepção de Dworkin, não serviu para minimizar ou acabar com a discricionariedade na decisão, mas pelo contrário, serviu para a legitimar ainda mais e com um rótulo mais forte, de valor atribuído a um princípio, e tal expediente tem sido levado às últimas consequências a ponto de chegarmos em um ambiente de pamprincipiologismo, conforme nos alertou o jurista Lenio Streck, sendo que para a resolução de qualquer caso judicial basta justificá-lo utilizando se de um princípio, ainda que não se trate de um. Lenio elenca<sup>17</sup>, a título exemplificativo, uma série de pseudoprincípios que são rotineiramente encontrados nas decisões dos tribunais e utilizados para fundamentar decisões importantes, sendo que algumas destas decisões enviesadas chegam inclusive a citar nominalmente seu criador, Ronald Dworkin.

Este expediente adotado no Brasil, levado às últimas consequências, fundamenta uma espécie de realismo jurídico em que o direito passa a ser aquilo que o juiz entende que é, baseado única e exclusivamente na sua própria consciência, no padrão moral e valorativo pessoal do julgador, ferindo, de maneira fatal a autonomia do direito, e todas as consequências decorrentes, como a segurança jurídica e, em última análise, a própria democracia, pois para que existe um sistema jurídico se o direito passaria a ser aquilo que os juízes voluntaristas dizem que é.

Nos parece que o equívoco desta recepção errônea da teoria dos princípios advém de uma concepção hermenêutica ainda vigente no Brasil, que é oriunda da virada do século XIX para o século XX, baseada na exegese alemã, sobretudo a partir da jurisprudência dos conceitos, mediante a aplicação da técnica da subsunção do texto ao caso concreto para extrair o seu sentido gramatical, histórico, teleológico, e com isto desvendar a famigerada vontade do legislador. Este critério de interpretação tem fundamento filosófico na chamada filosofia da consciência, vigente a partir do iluminismo em que o mundo passa a ser explicado pela razão, a razão subjetiva.

Estes critérios hermenêuticos, embora válidos, não levam em consideração a mudança paradigmática ocorrida na filosofia no início do século XX, comumente

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2017, p. 554.

denominada como o giro linguístico, com a introdução da filosofia da linguagem, que deram uma dimensão prática pragmática, pois é na linguagem que se dá a ação e é na linguagem que se dá o sentido e não na consciência de si, no pensamento de si mesmo, na subjetividade, pois o pensamento também se dá através da linguagem.

Não penso porque falo, mas porque falo penso. O pensamento se dá pela e na linguagem.

Mesmo o pensamento lógico analítico argumentativo se dá pela linguagem e na linguagem, e este pensamento carrega uma estrutura de sentido pela linguagem anterior ao discurso, e o discurso é a objetivação deste sentido. E os sentidos, nos jogos de linguagem, são intersubjetivos, públicos, compartilhados pela linguagem comum de determinada sociedade, razão pela qual não cabe uma decisão solipsista, isolada, mesmo porque o próprio juiz é uma peça do jogo da linguagem, peça do sistema jurídico que o legitimou a tomar decisões e não um outsider. Dito de outro modo, o Juiz se utiliza e se expressa na linguagem pré-existente a ele, construída e compartilhada publicamente nesta comunidade jurídica, e estampada nos textos legais e nas decisões do passado, e na moralidade política de determinado tempo, de modo que o juiz, peça do jogo, não pode inventar regra nova no jogo que ele participa com todos os demais players.

A interpretação não é extraída simplesmente a partir de análise lógico racional do texto da lei subsumido ao caso concreto e nem da teoria da argumentação baseado numa razão prática subjetiva, mas é extraída também, além destas concepções mais clássicas, da construção de uma racionalidade discursiva, que analisa os valores que são dinamicamente incorporados intersubjetivamente pela linguagem aos sistemas jurídicos, mediante a reflexão de todos os operadores deste sistema, quer seja legisladores, aplicadores, destinatários, e com a aceitação de tais valores no espectro da moralidade política vigente e aceita numa determinada sociedade jurídica, que em geral estão dispostos em uma constituição, escrita ou não, e todos estes elementos, pensados como um romance em cadeia, para usar um termo dworkiniano, devem levar o juiz a uma resposta correta, íntegra e coerente, fundamentada sobretudo na intersubjetividade e na autonomia do direito e não no voluntarismo da consciência do julgador.

Regras e princípios são apenas textos e somente ganham sentido e significação na aplicação de um determinado caso, que não se resolve por mera dedução ou raciocínio lógico, como dito, mas com uma racionalidade íntegra e coerente do direito a partir de entendimentos intersubjetivos dos direitos dos sujeitos de uma determinada comunidade jurídica.

Se pegarmos o exemplo clássico, citado por Hart, da lei que proibia a entrada de cães no parque, não poderíamos fazer a mera subsunção, pois neste caso o cão guia não poderia adentrar no parque e conduzir o cego. Tampouco poderíamos fazer a mera interpretação baseada na razão prática, pois chegaríamos também a proibição da entrada do cão guia, já que concluiríamos pela não diferenciação de cão e cão guia, mas certamente estas interpretações causariam um mal estar, por absoluta falta de sentido, pois a análise da situação dependeria de uma racionalidade mais complexa, que levasse em consideração a equidade, a justiça, o sentido pragmático daquele texto da norma dentro do espectro da moralidade daquela sociedade de modo que possivelmente chegaríamos a uma solução coerente e íntegra de que a norma não proibiu o cão guia do cego de adentrar ao parque, pois tal interpretação não seria condizente por exemplo com a dignidade da pessoa humana, com o direito de o cego frequentar o parque, muito menos com a visão compartilhada intersubjetivamente dos valores e o senso de justiça daquela determinada comunidade jurídica. Veja que neste exemplo singelo pouco ou nada importa a concepção pessoal e voluntarista do julgador, se ele acha justo ou injusto a questão do cão guia poder adentrar o parque em detrimento de outro cão, mas sim o sentido admitido intersubjetivamente naquela sociedade de acordo com o sistema jurídico vigente naquela sociedade.

## REFERÊNCIAS

BIX, Brian H. **Teoria do Direito: Fundamentos e Contextos**, tradução de Gilberto Morbach. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 203- 226, out./dez. 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de Filosofia do Direito**. O direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.