

O JUIZ HÉRCULES DE DWORKIN, A EQÜIDADE E O PÓS-POSITIVISMO

DWORKIN'S JUDGE HERACLES, EQUITY AND "PÓS-POSITIVISMO"

Gustavo César Machado Cabral

Mestrando em Ordem Jurídico-Constitucional pela
Universidade Federal do Ceará (UFC).

Bolsista da Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP).

Advogado.

E-mail: gustavo_cesar@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS; 2 APRESENTAÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN; 3 O JUIZ HÉRCULES; 4 O PÓS-POSITIVISMO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONTENTS: 1 INICIAL EXPLICATIONS; 2 INTRODUCTION TO RONALD DWORKIN'S THOUGHT; 3 JUDGE HERACLES; 4 "PÓS-POSITIVISMO"; 5 FINAL CONCLUSIONS; 6 BIBLIOGRAPHY.

Resumo: Este artigo tem como principal proposta apresentar uma descrição do Juiz Hércules, uma criação ideal e hipotética de Ronald Dworkin. Primeiramente, são introduzidos os pontos importantes do pensamento de Dworkin, como a sua oposição à tradição positivista inglesa, o conceito de *hard-cases* e as diferenças entre regras e princípios. O Juiz Hércules foi imaginado para servir de parâmetro aos juízes reais, especialmente quando eles enfrentam um *hard-case*. O dever do juiz não é somente decidir qual lei pode ser adequada ao caso; ele deve escolher a melhor solução, aquela cujos efeitos sejam os mais corretos. Esse modelo foi criado especificamente para sistema judicial dos Estados Unidos, que é baseado no *common Law*. Apesar disso, o Juiz Hércules pode ser útil ao sistema judicial brasileiro, porque as decisões judiciais estão mais importantes no contexto atual, o que aumenta a importância da equidade. Nas partes finais do trabalho, é apresentado o atual momento da Filosofia do Direito, batizado no Brasil de Pós-Positivismo, e a conclusão do texto afirma a aplicabilidade do modelo ideal de Dworkin no Brasil, principalmente depois da diminuição de interesse no Positivismo Jurídico e do aumento de importância do Pós-Positivismo e da nova Teoria do Direito. Por último, a concepção de Dworkin da "decisão mais correta" é criticada.

Palavras-chave: Juiz Hércules. Equidade. Pós-Positivismo.

Abstract: This paper has as its main propose to present a description of Judge Heracles, an ideal and hypothetical creation of Ronald Dworkin. Firstly, it is introduced the most important points of Dworkin's thought, as his opposition to the English positivist tradition, the concept of hard-cases and the differences between rules and principles. Judge Heracles was imagined to serve as a parameter to the real judges, especially when they face a hard-case. The judge's duty is not only to decide which law could be adequate for the case; he must choice the best solution, the one whose effects would be the most correct. This model was created specifically to the United States Judicial system, which is based on common law. Although that, Judge Heracles could be very useful in Brazilian Legal system, because judicial decisions are most important in the current context, what increases the importance of equity. In the final sections of the work, it is presented the contemporary moment of Legal Philosophy, which was named in Brazil "Pós-Positivismo", and the text's conclusion affirms the applicability of Dworkin's ideal model in Brazil, mainly after the accrual of interest in Legal Positivism and the increase of importance of "Pós-Positivismo" and the new Legal Theory. Lastly, Dworkin's conception of "the most correct decision" is criticized.

Keywords: Judge Heracles. Equity. "Pós-Positivismo".

1 ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Este artigo tem como objetivo apresentar uma descrição do juiz Hércules, figura hipotética e ideal criada por Ronald Dworkin para servir como modelo de como o juiz deveria atuar dentro do sistema criado por ele. Essa descrição passa, necessariamente, pois dois outros aspectos, que serão igualmente abordados aqui.

O primeiro deles é a questão da equidade, que recebeu de Dworkin muita importância, especialmente nas situações que ele chamou de *hard-cases*; num segundo momento, pretende-se encaixar a discussão sobre o juiz Hércules e sobre a equidade na perspectiva do pós-positivismo, o qual, segundo a majoritária doutrina nacional, seria o momento em que estaríamos inseridos contemporaneamente.

Assim, relacionando esses três pontos, pretende-se contribuir para a consolidação da idéia de que o momento atual na aplicação do Direito nos parece singular, o que fortalece a necessidade de se analisar a importância e a adequação de um modelo ideal de juiz, como estabeleceu Dworkin.

2 APRESENTAÇÃO DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Antes de entrarmos nos temas principais deste trabalho, acreditamos que é importante que passemos, primeiramente, por uma etapa introdutória, na qual traçaremos as características principais do pensamento do autor sobre o qual recai o nosso estudo, Ronald Dworkin, apresentando sucintamente alguns elementos que reputamos essenciais para as suas teses.

Autor de obras que são objeto de estudo da Filosofia e da Teoria do Direito e do Direito Constitucional desde meados dos anos 70, Dworkin apresenta teses que vão precisamente de encontro ao que a filosofia do direito de matriz anglo-saxônica defendia, já que esta, influenciada sobremaneira pelo positivismo de John Austin¹ e, mais recentemente, de Herbert Hart², não via outro caminho na aplicação do Direito do que não fosse o apego fiel à lei³.

Dworkin, por sua vez, reconhece que haveria momentos em que o juiz realmente deveria seguir a lei estritamente, quando a lei fosse precisa no que quisesse determinar. Diante dessas situações, aplicar-se-iam as regras, espécie normativa regida pela idéia do "tudo ou nada": "dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão" (DWORKIN, 1999, p. 39).

Há, contudo, situações mais complicadas, em que o juiz se depara com casos que devem ser solucionados, ainda que a resposta não seja obtida mediante a aplicação da "fórmula matemática" tão cara ao positivismo formalista, exigindo do magistrado um complexo raciocínio jurídico (MENDES, 2008, p. 38).

Segundo a tese dos positivistas ingleses, quando o juiz se deparasse com casos em que não fosse possível a aplicação direta

1 John Austin (1790-1859), autor das obras seminais *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) e *Lectures on Jurisprudence*, publicado postumamente. Sobre o autor, cf. BOBBIO, 1995, p. 105-118.

2 Herbert Hart (1907-1992), cuja principal obra foi *The Concept of Law* (1961).

3 Sobre as críticas que Dworkin faz diretamente às teses desses dois pensadores inglês, cf. DWORKIN, 1999, p. 27-35.

do direito posto (ou das regras, na terminologia de Dworkin), estaríamos diante de uma situação em que o poder do juiz seria discricionário, cabendo a ele criar direitos. Dworkin, ao contrário, afirma que o juiz não cria direitos retroativamente, mas *descobre* quais os direitos que se aplicam a esses casos por ele batizados de *hard-cases* (DWORKIN, 1999, p. 127). Para tanto, leva em consideração não somente o direito posto, mas as premissas morais presentes no ordenamento (cf. MENDES, 2008, p. 73).

A esses *hard-cases*, desta forma, seriam aplicados os *princípios*, espécies normativas de natureza mais abstrata do que concreta, mais genérica do que precisa; ou seja, exatamente o contrário do que ocorreria com as regras. Dworkin é claro ao falar de princípios:

Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1999, p. 36).

Fica evidente que, na composição dos princípios, estão presentes elementos valorativos, como a justiça, a qual se liga diretamente à moral. Em razão da subjetividade que cerca a dimensão moral, não seria possível afirmar que um princípio é válido ou inválido, ainda que o seu conteúdo não se aplique totalmente a um caso. Nesse ponto, diferem das regras⁴, podendo e devendo ser conjugados uns com os outros, em razão de possuírem uma dimensão de peso quando da colisão entre princípios⁵, o que implica afirmar que estes não determinam absolutamente uma decisão, como ocorre com as regras, mas contêm os fundamentos dela (cf. ÁVILA, 2007, p. 36).

4 "No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial". SILVA, 2009, p. 45.

5 "Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se 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 particular é mais importante que outro 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". Cf. DWORKIN, 1999, p. 42-43.

Como se percebe, nos *hard-cases*, o papel do juiz é fundamental, pois descobrir o direito em meio a conceitos abertos e de difícil precisão é tarefa árdua. Exige-se, desta forma, que o juiz possua uma capacidade extraordinária para decidir os casos difíceis. Por isso, Dworkin criou uma figura hipotética, que servia de modelo de atuação judicial, a qual será analisada a seguir.

3 O JUIZ HÉRCULES

Esclarecido o que seriam os casos difíceis e que neles seriam aplicados os princípios, espécies normativas diferentes das regras⁶, passa-se agora ao exame de como deve ser essa aplicação. Para tanto, Dworkin imaginou uma figura ideal, dotada de "capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" (DWORKIN, 1999, p. 165), chamado de Hércules, em uma analogia à figura mitológica, justamente pelas suas virtudes extraordinárias.

A principal tarefa de Hércules é fazer com que os erros, quando da tomada de decisões, sejam mínimos. O autor não deixa dúvidas de que Hércules pertence a uma corte americana (DWORKIN, 1999, p. 165), o que o vincula ao sistema do *common Law*. Essa informação é extremamente importante em razão do papel desempenhado pela equidade e pela teoria do precedente no referido sistema. Ora, como juiz ideal, Hércules deve fornecer justificativas coerentes a todos os precedentes do sistema, pois é essencial que, num Estado, todos os princípios estejam dispostos de forma coerente, em obediência à integridade.

Enquanto o papel do legislativo seria tornar o conjunto de leis de uma sociedade um todo moralmente coerente, caberia ao judiciário, na interpretação dessas leis, entendê-las como um conjunto

6 Não nos aprofundaremos na discussão dos conceitos e das espécies de normas, em virtude de o termo ser amplo e de haver vasta bibliografia nesse sentido. Para bem compreender o tema, além da leitura de Dworkin, é fundamental é o estudo da diferenciação estabelecida por Robert Alexy. Cf. ALEXY, 2008, p. 85-179. Apesar de algumas diferenças fundamentais entre Alexy e Dworkin, especialmente na definição do que seriam efetivamente os princípios ("Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que 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, p. 90), a essência da classificação é semelhante nos dois autores, pois, segundo Alexy, "Toda norma é ou uma regra ou um princípio". Cf. ALEXY, 2008, p. 91.

moralmente coerente⁷. Para esse entendimento, é necessário um exercício que Dworkin chamou de “romance em cadeia”, em que o juiz exerce papel de autor no direito consuetudinário, pois interpreta as decisões do passado e acrescenta uma opinião que lhe é peculiar sobre aquela decisão (cf. DWORKIN, 2003, p. 271), atuando, ao mesmo tempo, como autor e descobridor.

Dworkin indica que Hércules reconhece a importância dos precedentes judiciais, atribuindo-lhes “força gravitacional”, pois atraem para o conteúdo da sua decisão casos semelhantes (DWORKIN, 1999, p. 175). Essa força gravitacional “pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” (DWORKIN, 1999, p. 276). Relacionam-se diretamente, desta forma, os precedentes e a equidade, como decisões semelhantes em casos semelhantes.

Um juiz, ao se deparar com um caso difícil, não deve simplesmente aplicar mecanicamente a lei nem muito menos o precedente judicial existente para o caso semelhante; as decisões podem ser explicadas histórica, psicológica ou sociologicamente, mas isso não implica a desnecessidade de uma justificação plausível, muito pelo contrário; para obter essa justificação, Hércules deve se valer de princípios convincentes, sob pena de agir arbitrariamente, situação por ele indesejada (DWORKIN, 1999, p. 186). Dessa forma, o mais importante não é simplesmente existir um dado precedente para determinado caso, mas, sim, que esse precedente se adéque ao caso, não somente em razão de ser a situação semelhante, mas, principalmente, pela necessidade de se dar à discussão o desfecho moralmente mais correto.

Dworkin distingue os argumentos em duas espécies, os de princípio e os de política (*policy*); enquanto os primeiros justificam a decisão política e mostram que essa respeita um direito moral do indivíduo, os segundos justificam a decisão em função de determinado objetivo coletivo (cf. MENDES, 2008, p. 36-37).

7 Cf. SOARES, Natália Lourenço. *Uma relação entre o tipo ideal de legislação de Jeremy Waldron e o juiz-modelo Hércules de Ronald Dworkin*. Disponível em: http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/analises/recife/politica_natalia_soares.pdf. Acesso em: 20/03/2009.

Enquanto o Legislativo tem o monopólio sobre as decisões políticas, o Judiciário só pode se utilizar de argumentos de princípios⁸. Entretanto, isso não significa que, ao ultrapassarem decisões políticas, os juízes estão a legislar, uma vez que “o argumento de princípio triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral” (MENDES, 2008, p. 37), o qual não poderia se submeter a decisões da maioria.

Assim, a atuação do juiz ideal deveria se dar sempre no sentido da tomada da decisão moralmente correta, ainda que haja contradição com a predominância das decisões judiciais para casos semelhantes, já que o moral nem sempre seria semelhante ao que a maioria pensa. Para isso, contudo, Hércules deve usar argumentos fortes que justifiquem a sua decisão, ou seja, deve lançar mão dos princípios mais adequados para aquele caso.

Conclui-se, então, que Dworkin crê na possibilidade de uma decisão judicial, independentemente do seu grau de aceitação na comunidade, ser errada, cabendo ao juiz, para provar isso, constatar que tal decisão não é “equitativa no âmbito do conceito de equidade da própria comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 191).

Portanto, a equidade ganha papel de relevo nas teses de Dworkin. Sua origem remonta a Aristóteles, que distinguia a *equidade do equitativo*: enquanto este, “embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal” (GRAU, 2008, p. 281)⁹, a equidade “aparece como meio complementar para a superação das previsíveis injustiças oriundas da aplicação da lei como preceito genérico” (BITTAR, 2003, p. 1320-1321).

Aristóteles antevê que a lei, por si só, é incompleta, pois não conseguiria prever todos os casos, sendo descrição genérica. Essa generalidade poderia, por vezes, prejudicar os indivíduos, pois estes

8 É relevante a menção de Mendes de que “o argumento de princípio não se baseia no balanceamento de interesses contrapostos, em critérios para distribuição de recursos dentro da comunidade, na vontade da maioria, como o de *policy*, mas na consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral”. MENDES, 2008, p. 38.

9 Não é unânime a doutrina sobre o equitativo corresponder ao justo: “O equitativo parece ser justo, porém é algo que a ele se assemelha, sem com ele se confundir. O equitativo é o justo que está fora da lei escrita”. BITTAR, 2003, p. 1320.

poderiam viver circunstâncias particulares não abrangidas pela lei, provocando um tratamento genérico que poderia ser nocivo. O juiz, então, deve usar do seu poder para corrigir essas injustiças¹⁰.

Dworkin segue as lições aristotélicas e reconhece a importância da equidade, principalmente dentro do sistema do *common Law*. Mas, ainda assim, percebe a possibilidade de haver não somente leis injustas dentro desse sistema, mas, também, de existirem decisões que vão de encontro ao que a comunidade crê ser equitativo. Assim, tem o juiz o poder e o dever de corrigir essas distorções, afastando-se da força gravitacional do precedente, caso este não se possa aplicar ao caso, devendo agir como o juiz Hércules, na busca incessante pela adequação moral dos fundamentos de cada uma das suas decisões.

4 O PÓS-POSITIVISMO

Neste tópico, examinaremos, de modo ligeiro, o que a doutrina chama de *pós-positivismo*. A análise não será aprofundada, sob pena de se desviar o foco do trabalho.

O pós-positivismo está atrelado às mudanças que ocorreram no mundo nos últimos tempos. O século XX proporcionou uma série de revoluções que implicaram mudanças de perspectiva em praticamente todas as áreas. Os avanços nas comunicações, por exemplo, proporcionaram a “interconexão de todas as regiões do planeta através de uma malha de redes, criando assim uma realidade global, intermediada por uma realidade virtual, o ciberespaço” (COSTA, 2006, p. 116). O mundo atual, em virtude disso, está interligado, o que proporciona uma infinidade de informações, possibilitando o conhecimento de realidades culturais das mais diversas¹¹.

10 “A solução equa volta-se menos para a própria lei aproximando-se mais da liberdade de julgamento, função exercida pelo árbitro (*diáitetes*)”. BITTAR, 2003, p. 1321.

11 Zygmunt Bauman critica essa nova realidade: “Ela [a anulação tecnológica de distâncias temporais/espaciais] emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar”. BAUMAN, 1999, p. 25.

Essa conexão implica que culturas diferentes passaram a conviver em um mesmo espaço e simultaneamente mais freqüentemente. Vive-se um momento em que as migrações são constantes, o que tem como consequência o fato de que, em uma região onde antes toda a população guardava uma identidade cultural, deixou-se de ter esse aspecto puro, passando a ser cada vez mais presente a diversidade cultural. Isso acarreta a necessidade de se ampliar a proteção aos grupos minoritários, pois eles também fazem parte daquela sociedade, ainda que não estejam em menor número¹².

Outro ponto que sofreu mudanças drásticas foi a filosofia. Com as chamadas reviravoltas lingüística e pragmática, o foco central da filosofia passou a ser a linguagem (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 11). É através da língua que os homens se comunicam e interagem, permitindo a construção da comunidade. Viver em sociedade não seria possível sem a linguagem, da mesma forma que os saberes humanos, os elementos culturais, não existiriam sem a linguagem¹³.

Essa importância conferida à linguagem não passou despercebida pelo Direito; passou-se não somente a relacionar Direito e linguagem¹⁴, como, também, a se repensar o conceito de norma jurídica¹⁵, em virtude do que a filosofia analítica apresentou ao longo do século XX¹⁶.

Nas artes, enquanto o começo do século XX foi palco do modernismo, quando se tentou romperem os laços com o academicismo do século anterior, a partir dos anos 1960 verificou-se uma tendência de se romperem as construções vigentes. Esse

12 Sobre o tema, cf. COSTA, 2008, p. 279-288; LOPES, 2008, p. 161-169. Sobre as relações entre povos com culturas diferentes na contemporaneidade, Samuel Huntington, abordando especificamente as relações entre o Ocidente e o Islã, fala em “choque de civilizações”. Cf. HUNTINGTON, 2001, p. 175-291.

13 “A reviravolta lingüística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística”. OLIVEIRA, 2001, p. 13.

14 Sobre o assunto, cf. WARAT, 1995.

15 Marcelo Lima Guerra apresenta interessante conceito de norma jurídica. GUERRA, 2004, p. 67-88.

16 Conceito dos mais importantes para essa nova perspectiva da norma jurídica é o de atos da fala, tanto sob o enfoque de John Langshaw Austin quanto de John Searle. Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 149-200.

rompimento, ao contrário do que propôs o modernismo, não significaria esquecer a herança daquilo que se queria superar; ao contrário, o superado serviria de base para o novo, que emergiria "por cima dos escombros".

Essa tendência teve em Jacques Derrida um dos seus maiores suportes. O pensador franco-argelino foi o mentor do *desconstrutivismo*, movimento que pretendia, como o nome já indica, desconstruir aquilo que já estava determinado¹⁷; o que restasse dessa operação seria a matéria-prima para que se construísse uma nova realidade, aliada aquela sempre aos elementos contemporâneos, que ainda não existiam quando do soerguimento daquilo que foi objeto da desconstrução. Conseqüentemente, esta não estaria livre de uma nova desconstrução, que daria luz a outra realidade, e assim sucessivamente, num movimento dialético intenso e constante.

Especificamente no âmbito jurídico, não seria exagero afirmar que o pós-positivismo teria surgido dessa perspectiva. Na tentativa de se romper com o positivismo, tendência que, desde o princípio do século XIX, surgia como majoritária, não se abandonou totalmente o seu legado; muito pelo contrário, pois se partiu dele. Serviu o positivismo como base para que se construísse o pós-positivismo, sem se esquecer, logicamente, da realidade da segunda metade do século XX e dos episódios históricos que deram ao período a configuração que ele possui.

Nesse diapasão, faz-se essencial enumerarem-se as características principais do modelo positivista jurídico, e, para isso, serão apresentados os elementos apontados por Bobbio como sendo inerentes ao positivismo: a) o direito seria um fato e não um valor, b) o direito seria definido em função da coação, c) a lei seria a fonte preeminente do ordenamento, d) a norma se caracterizaria por ser um imperativo, e) o ordenamento jurídico seria completo,

17 "Os pós-modernistas também tendem a aceitar uma teoria bem diferente quanto à natureza da linguagem e da comunicação. Enquanto os modernistas pressupunham na relação rígida e identificável entre o que era dito (o significado ou 'mensagem') e o modo como estava sendo dito (o significante ou 'meio'), o pensamento pós-estruturalista os vê separando-se e reunindo-se continuamente em novas combinações". O 'desconstrucionismo' (movimento iniciado pela leitura de Martin Heidegger por Derrida no final dos anos 60) surge aqui como um poderoso estímulo para os modos de pensamento pós-modernos". HARVEY, 1994, p. 53.

f) a interpretação seria mecânica, baseada na lógica formal, g) a lei deveria ser respeitada de modo absoluto¹⁸.

As mudanças políticas oriundas das guerras mundiais tiveram reflexos no âmbito jurídico, e os ordenamentos mudaram as suas configurações: da identificação entre Direito e lei, comum até a 2ª Guerra Mundial, passou-se a uma visão mais ampla do ordenamento, o qual passou a fazer menções freqüentes a elementos extra-legais pouco caros ao positivismo, como a questão moral.

As constituições européias do período representam bem essa tendência, sendo exemplo consagrado a Lei Fundamental de Bonn, de 1949¹⁹. Embora não tenha havido um retorno ao positivismo, o que implicaria um retorno à busca incessante pelo Direito Natural, não há como negar que elementos morais, tais como as teorias da justiça, passaram a fazer parte dos ordenamentos.

O pós-positivismo, portanto, seria a síntese do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, caracterizando-se pelo fortalecimento das constituições, o reconhecimento de um caráter normativo dos princípios, o surgimento das cortes constitucionais^{20 21}, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de teorias dos direitos fundamentais que têm como base a dignidade da pessoa humana²². Ter-se-ia como superados os modelos de estado liberal e social, para se atingir o Estado Democrático de Direito, que seria a fórmula política das constituições contemporâneas (cf. GUERRA FILHO, 2005, p. 16).

18 Bobbio aprofunda cada um desses pontos. Cf. BOBBIO, 1995, p. 131-232.

19 Sobre a questão dos direitos fundamentais na Constituição Alemã vigente, cf. HESSE, 1998, p. 225-288. Para uma visão brasileira do assunto, cf. BITAR, 1996, p. 10-12.

20 Sobre o surgimento das Cortes Constitucionais, é relevante verificar as discussões entre Carl Schmidt e Hans Kelsen. Cf. DINIZ, 2002, p. 140-180.

21 "O espaço constitucional será ocupado por outro poder, que irá tomar a constituição em suas mãos e se arrogará o monopólio da concretização constitucional: surge o momento dos tribunais". BERCOVICI, 2008, p. 322.

22 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=1>. Acesso em: 20/03/2009.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio às mudanças conjunturais que a segunda metade do século XX proporcionou, tem-se que a teoria de Dworkin é das que melhor representa esse período, não somente porque reconhece a importância de elementos extra-legais para a aplicação do Direito, mas, fundamentalmente, porque insere neste elementos morais, como a busca pela justiça, a qual é parte de uma concepção ampla, não deixando de abranger os casos particulares que, hipoteticamente, não seriam previstos pelas fontes do Direito.

O juiz tem o dever de julgar todos os casos, pois o ordenamento lhe dá subsídios para tanto, seja a partir de regras, de princípios expressos ou de princípios implícitos. Os princípios fundamentam as decisões e devem ser aplicados de modo a corresponderem à decisão mais correta para o caso, fazendo justiça e tratando o caso da melhor maneira.

O modelo de juiz criado por Dworkin, o do juiz Hércules, não é real, e o próprio autor está ciente disso. É, na realidade, um modelo a ser seguido, pois consegue sopesar brilhantemente todos os princípios envolvidos em uma questão judicial, encontrando a solução adequada ao caso, ainda que se trate de um *hard-case*.

Apesar de ter sido pensado para um sistema em que a equidade tem papel de destaque, o modelo do juiz Hércules é cada vez mais utilizado em países de tradição do *civil Law*, como o Brasil. Não somente porque a força das decisões judiciais vem crescendo, muito em virtude da atuação dos tribunais em controle de constitucionalidade, mas porque, em muitos casos, a legislação vigente não mais condiz com a realidade, sendo necessário que os juízes escolham uma solução justa e adequada para cada caso, mesmo que ela não esteja prevista legalmente ou que contradiga a própria lei vigente e ineficaz.

Para finalizar, uma rápida observação precisa ser feita. Em que pese a importância e a adequação da teoria elaborada por Ronald Dworkin, uma falha deve ser ressaltada. O autor reconhece a possibilidade de o juiz, ainda que este seja o idealizado, encontrar a

resposta correta para o caso em discussão. Ainda que se trate de um juiz ideal, afirmar que Hércules pode encontrar a solução correta pressupõe que existe *uma* resposta correta, aquela que deve ser buscada pelos magistrados.

Essa concepção não nos parece adequada, já que a relação certo/errado pressupõe serem absolutas cada uma das posições. A filosofia do século XX, a partir da reviravolta lingüística e da pragmática, vem se mostrando tendente a uma posição diversa, e, no âmbito da hermenêutica jurídica, o pensamento de Gadamer é o maior representante da tendência que defende não um método para se encontrar a verdade, mas várias verdades, pois cada intérprete traz, quando da interpretação, um horizonte seu, com experiências próprias. Portanto, sob esse ponto de vista, não seria adequado afirmar que certa interpretação é verdadeira ou falsa.

Este trabalho não teve como objetivo dissecar a teoria de Dworkin, nem muito menos o tema do juiz Hércules. Trata-se, tão somente, de um estudo desprezioso que, ao levantar algumas das características principais desse modelo, examina a sua adequação e a sua importância dentro do contexto em que nos encontramos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=1>. Último acesso em: 20/03/2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BITAR, Orlando. A Lei Fundamental de Bonn e o Sistema Parlamentar de Governo da República Federal da Alemanha. **Obras Completas de Orlando Bitar**: estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho. v 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 10-12.

BITTAR, Eduardo. C.B. **Curso de Filosofia Aristotélica**: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. São Paulo: Manole, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

COSTA, Reginaldo Rodrigues da. **Ética e Filosofia do Direito**. Fortaleza: ABC, 2006.

_____. COSTA, Reginaldo Rodrigues da. Justificação Racional, Idéia de Direitos Humanos e Multiculturalidade. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 28. p. 279-288, jul./dez. 2008.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. Norma: uma entidade semântica. In MACEDO, Dimas (Org.). **Filosofia e Constituição**: estudos em homenagem a Raimundo Bezerra Falcão. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 67-88.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**: uma pesquisa sobre as origens da Mudança Cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 4 ed. São Paulo: Loyola, 1994.

HUNTINGTON, Samuel. **El Choque de Civilizaciones**. Trad. José Pedro Tosaus Abadia. Buenos Aires: Paidós, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Desafios e Perspectivas dos Direitos das Minorias no Século XXI. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 28. p. 161-169, jul./dez. 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **A Reviravolta Lingüístico-Pragmática da Filosofia Contemporânea**. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

SOARES, Natália Lourenço. **Uma relação entre o tipo ideal de legislação de Jeremy Waldron e o juiz-modelo Hércules de Ronald Dworkin**. Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/politica_natalia_soares.pdf. Último acesso: 20/03/2009.

WARAT, Luis A. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.