



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA**  
**CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**  
**Convênio UEPB/ESMA/ TJ-PB**

**YAGO FERNANDO MORA MATOS**

**EFEITO RASHOMON X A ÚNICA RESPOSTA CORRETA: CRÍTICAS À  
TEORIA DA DECISÃO DE RONALD DWORKIN**

**JOÃO PESSOA- PB**

**2022**

**YAGO FERNANDO MORA MATOS**

**EFEITO RASHOMON X A ÚNICA RESPOSTA CORRETA: CRÍTICAS À  
TEORIA DA DECISÃO DE RONALD DWORKIN**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito para obtenção do Título de especialista em prática judicante, pela Escola Superior de Magistratura da Paraíba.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira. UFRN/UEPB

**JOÃO PESSOA- PB**

**2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M433e Matos, Yago Fernando Mora.  
Efeito Rashomon X a única resposta correta [manuscrito] :  
críticas à teoria da decisão de Ronald Dworkin / Yago  
Fernando Mora Matos. - 2022.  
44 p.

Digitado.  
Monografia (Especialização em Prática Judicante) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-  
Graduação e Pesquisa , 2022.  
"Orientação : Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira ,  
Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Poder discricionário. 2. Princípios morais e jurídicos. 3.  
Decisão jurídica. 4. Efeito Rashomon. I. Título

21. ed. CDD 351

**YAGO FERNANDO MORA MATOS**

**EFEITO RASHOMON X A ÚNICA RESPOSTA CORRETA: CRÍTICAS À  
TEORIA DA DECISÃO DE RONALD DWORKIN**

Trabalho de conclusão de concurso  
apresentado como requisito para obtenção  
do Título de especialista em prática  
judicante, pela Escola Superior de  
Magistratura da Paraíba

Aprovado em: 22 de julho de 2022

Banca examinadora

**Rodrigo Costa  
Ferreira**

Assinado de forma digital por  
Rodrigo Costa Ferreira  
Dados: 2022.08.22 23:11:47  
-03'00'

---

Dr. Rodrigo Costa Ferreira (UEPB/UFRN/ESMA)

ANA CHRISTINA  
SOARES PENAZZI  
COELHO:4723252

Assinado de forma digital  
por ANA CHRISTINA  
SOARES PENAZZI  
COELHO:4723252  
Dados: 2022.08.22  
23:05:41 -03'00'

---

Ma. Ana Christina Soares Penazzi Coelho (ESMA/PB)

**FABRICIO MEIRA  
MACEDO:4752848**

Assinado de forma digital por  
FABRICIO MEIRA MACEDO:4752848  
Dados: 2022.08.22 14:34:28 -03'00'

---

Me.Fabrcício Meira Macedo (ESMA/PB)

**JOÃO PESSOA-PB  
2022**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus pela força para continuar seguindo em frente.

A minha família, meus pais, Aldenir e Soraya e a minha irmã Maria Fernanda por todo o suporte emocional

Aos meus amigos, João, André, Lavinia, Natalia e demais por toda a ajuda e noites passadas em claro.

Ao professor Rodrigo pela excelente orientação e paciência.

Aos meus amigos do curso Brigida, Luiza, Mirelle, Jonas, Carla, Ana e Ilanine pelos valiosos conselhos.

## RESUMO

A teoria de decisão de Dworkin surgiu como contraponto à teoria da decisão jurídica de Herbert L. A. Hart, opondo-se, em especial, à ideia de poder discricionário em sentido forte (poder conferido a autoridade para “criar” o direito). O uso adequado do poder discricionário, segundo Hart, permite a autoridade competente estabelecer diversas respostas plausíveis ao caso jurídico difícil. Para Dworkin a comunidade jurídica ao longo das suas atividades jurídicas estabelece uma história institucional repleta de pré-conceitos (princípios morais e políticos, princípios jurídicos, cânones hermenêuticos, padrões expressos legais *etc.*) que são articulados pelas autoridades competentes (em especial, os juizes) para realizarem uma interpretação intersubjetiva do direito (um tipo de interpretação objetiva do direito), o que possibilitaria aos juristas construir uma única resposta correta para cada caso jurídico difícil. O presente trabalho tem como objetivo realizar uma série de críticas à tese da única resposta correta elaborada no âmbito da teoria da decisão jurídica de Ronald Dworkin, tomando como pano de fundo o paradigma do Efeito Rashomon (efeito que sugere ser razoável estabelecer diversas respostas possíveis ao caso jurídico difícil). O procedimento metodológico utilizado é o da revisão bibliográfica. Os métodos aplicados são o dialético e do estudo de caso.

Palavras-Chave: Poder Discricionário; Princípios; Decisão Jurídica; Única Resposta Correta; Efeito Rashomon.

## **ABSTRACT**

Dworkin's decision theory emerged as a counterpoint to Herbert L. A. Hart's theory of legal decision, opposing, in particular, the idea of discretionary power in the strong sense (power conferred the authority to "create" the law). The proper use of discretion, according to Hart, allows the competent authority to establish several plausible answers to the difficult legal case. For Dworkin, the legal community, throughout its legal activities, establishes an institutional history full of preconceptions (moral and political principles, legal principles, hermeneutical canons, express legal standards, etc.) ) to carry out an intersubjective interpretation of law (a type of objective interpretation of law), which would allow jurists to construct a single correct answer for each difficult legal case. The present work aims to carry out a series of criticisms to the thesis of the only correct answer elaborated in the scope of Ronald Dworkin's theory of legal decision, taking as a background the paradigm of the Rashomon Effect (an effect that suggests that it is reasonable to establish several possible answers to the difficult legal case). The methodological procedure used is the literature review. The methods applied are dialectic and case study.

**Key- Words:** Discretionary Power; Principles; Legal Decision; Single Correct Answer; Rashomon effect.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN E A ÚNICA RESPOSTA CORRETA..</b>	<b>9</b>
2.1. O DIREITO PARA DWORKIN.....	10
2.2. DWORKIN E OS CASOS DIFÍCEIS.....	12
2.3. ÚNICA RESPOSTA CORRETA.....	15
<b>3. CRÍTICAS A TEORIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA DE DWORKIN</b>	<b>19</b>
3.1. A COÊRENCIA E INCOMPLETUDE DOS SISTEMAS JURIDICOS.....	23
3.2. O SISTEMA JURÍDICO COMO UM SISTEMA COMPLEXO E O AUMENTO DE SUA COMPLEXIDADE .....	25
3.3. JUIZ HERCULES E O CONSTITUCIONALISMO .....	28
<b>4. EFEITO RASHOMON E O DIREITO .....</b>	<b>31</b>
4.1 EFEITO RASHOMON: O MAGISTRADO E A DECISÃO JUDICIAL.....	33
4.1.1 Efeito Rashomon e a Vaquejada.....	36
4.1.2 Efeito Rashomon e o Princípio da Bagatela.....	38
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>43</b>



## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 1977, o jurista norte americano Ronald Dworkin publica a influente obra *Taking Right Seriously* contendo diversas críticas iniciais à teoria de decisão jurídica elaborada pelo eminente jurista inglês Herbert L. A. Hart, na qual sugere que os casos jurídicos difíceis comportam diversas soluções corretas.

Para Dworkin o direito pode ser concebido como um modelo de regras jurídicas e princípios. Princípios morais, políticos e até mesmo econômicos quando integrados coerentemente ao direito pela comunidade jurídica, isto é, ao serem compatibilizados com as regras jurídicas existentes no ordenamento jurídico e, em especial, com os direitos individuais da Constituição e os precedentes judiciais, podem ser utilizados pelos juízes para julgarem de forma correta um caso difícil. A partir do paradigma hermenêutica filosófica inspirada nas incursões de Gadamer, cujos conceitos mais importantes são o de círculo hermenêutico e de pré-conceito, Dworkin elabora a controvertida tese da única resposta correta: o uso dos princípios, em especial, na decisão jurídica (um tipo de pré-conceito produzido no contexto da atividade judicial) permite estabelecer uma única resposta correta para o caso jurídico em análise. A tese da única resposta correta vai na contramão do entendimento geral dos juristas que admitem que os casos difíceis comportam diversas respostas plausíveis.

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma série de críticas à tese da única resposta correta elaborada no âmbito da teoria da decisão jurídica de Ronald Dworkin, tomando como pano de fundo o paradigma do Efeito Rashomon (efeito que sugere ser razoável estabelecer diversas respostas possíveis ao caso jurídico difícil). Em suma, apontamos nas subseções a seguir as seguintes críticas: o conjunto coerente de valores e princípios é incompleto; há progressiva complexidade da sociedade, com isso ocorre o aumento exponencial das incertezas – diferentes vozes, linguagens e, por conseguinte, formas de vida costumam entrar em conflito com relação as suas maneiras de ver o mundo e de interpretá-lo; uma mesma rede de princípios pode ser utilizada para aplicar de modo plausível a lei de diferentes formas (efeito Rashomon).

Primeiramente será feita uma análise da teoria da decisão de Dworkin e seus principais fundamentos, bem como a apresentação do conceito de Casos Difíceis. A posteriori analisar-se-á as críticas a teoria da decisão do autor e como esta possui determinados equívocos que precisam ser analisados. E por fim, passa-se ao um estudo de casos práticos de que maneira o Efeito Rashomon viabiliza a existência de mais de uma única resposta possível em diversos casos jurídicos.

## **2.TEORIA DO DIREITO DE DWORKIN E A ÚNICA RESPOSTA CORRETA**

O jurista Herbert Lionel Adolphus Hart, em sua obra O Conceito de Direito (1961), estabelece uma teoria geral do direito com o objetivo, em especial, de responder duas importantes questões da teoria e prática do direito: (1) o que é o direito? (2) como interpretar e aplicar o direito? Essas questões estão interrelacionadas, na medida em que aplicação do direito exige certa definição. Segundo Dworkin (ano,2020 p.12) Hart define o direito em termos positivistas como um fenômeno normativo composto regras jurídicas. Toda a teoria da decisão elaborada por Hart gira em torno desse modelo de regras jurídicas. Como a regra surge como único cânone de solução de casos jurídicos arte sugere dois grandes modelos de decisão jurídica: o formalismo e os ceticismo. Mediante os casos fáceis o juiz deve agir como formalista; já na presença de casos difíceis ele atua como ceticista, propondo diversas soluções plausíveis ao caso jurídico difícil. Com isso, surge o problema de saber se um caso difícil comporta mais de uma resposta correta.

O principal opositor, e deva-se dizer, estudioso dos ensinamentos de Hart, foi Ronald Dworkin em que em diversos ensaios buscou contrapor os entendimentos de Hart sobre como o direito é teorizado,

É possível visualizar nas obras de Hart que a prática do direito não condiz com a descrição de direito estabelecido por ele. Ao passo que, pelo positivismo de Hart, o direito é composto unicamente por regras e que estas devem ser aplicadas, para Dworkin o direito não é composto tão somente por regras, mas também por princípios.

## 2.1. O DIREITO PARA DWORKIN

A escurreita análise do ponto de vista de Dworkin sobre a Teoria do Direito, começa com a necessidade de dizer que o direito precisa se adequar a sociedade onde está estabelecido, pode-se afirmar que o aumento da complexidade da sociedade teria feito a própria teoria geral do direito incapaz de acompanhar a sociedade, como bem aponta Esther Prado em seu artigo:

Tem-se acusado a teoria geral do direito de não ter sido capaz de acompanhar o aumento de complexidade nas relações sociais com o advento da globalização e a substituição do modelo de produção Fordista pelo Toyotista (...) O problema é que muitos códigos, leis, portarias, regulamentos etc., têm sido editados com uma simples lógica pragmática. Ademais, cumpre ressaltar que o modelo atual de descentralização do poder normativo em diversos órgãos administrativos, como, por exemplo, as agências reguladoras, também dificulta a manutenção de coerência no sistema como um todo. Por conseguinte, outro não poderia ser o resultado senão a formação de um sistema repleto de contradições (se é que ainda podemos chamá-lo de sistema) (PRADO 2012, p.2)

Desta forma, é possível entender que para Dworkin, a excessividade de normas existentes na teoria como um todo, era a própria responsável por causar essa fragilidade.

Dworking surge então com uma ideia, suas principais críticas ao positivo jurídico vêm com a redução do próprio sistema judicial sustentado no modelo de regras. Faz-se necessário criar um modelo de regras, não putadas tão somente em regras jurídica mas, também em princípios, para que então seja alcançada a previsibilidade do Direito. Como bem apontam MOREIRA e MAYRINK em seu artigo sobre Dworkin:

Dworkin constrói sua teoria a partir de críticas feitas ao positivismo jurídico, segundo o qual há uma redução do sistema jurídico a um modelo de regras, bem como se confere ao juiz a utilização de um poder discricionário para solução de casos difíceis. Isto porque, para Dworkin, segundo a sua ideia de integridade do Direito, os juízes, ao resolverem os chamados “casos complexos” devem se utilizar de padrões determinados, a fim de que sejam alcançadas a previsibilidade e justiça no caso concreto. Há, portanto, um refutamento à teoria da discricionariedade proposta pelo positivismo jurídico. (MOREIRA e MAYRINK, 2013, p.3)

Diante disto é possível afirmar que a teoria de Dworkin se firma na ideia de Direito por Integridade. O Direito é tradicional por excelência, contudo, a necessidade de esmeradas análises de caso a caso bem como na valoração dos princípios do direito aplicados a prática forense são a resposta para que o Direito, não sofre com as lacunas da Lei e tão pouco com a complexa evolução social e moral que é regida pelo direito.

A partir desses pontos, as denominadas “texturas abertas”, para Dworkin não mais são a essência da norma, a liberdade da tradição em interpretar o direito conforme a valoração melhor se adequa as partes. Não há mais divergências por não haver lei, há divergências pela força dos argumentos, como bem aponta, ideia reafirmada por PRADO:

Como Dworkin adota uma teoria interpretativa, entende que as divergências não são causadas imediatamente em razão da textura aberta das normas jurídicas, mas porque há fortes argumentos de que uma interpretação diversa seria mais coerente com os princípios e virtudes de nossa prática jurídica. (...) Em outras palavras, a obscuridade de uma norma não deve ser apontada como uma característica inerente à sua própria essência, mas presente pela simples razão de existirem fortes argumentos de que um outro sentido seria mais adequado frente ao conjunto de princípios e virtudes de nossa prática jurídica. (PRADO 2012. P.3)

Diante deste cenário, presente na teoria dworkiana, os fiscais da lei, poderiam divergir em seus entendimentos, desde que dentro da liberdade cedida pela tradição normativa, seria possível que juízes possuíssem decisões atreladas a prática do direito. O juiz, dentro das limitações impostas pelo próprio direito, seria a pessoa que diante de um caso concreto, decidiria a melhor forma de aplicá-lo.

Pode-se dizer que dessa forma o juiz estaria criando assim uma norma a partir de sua discricionariedade? Não há qualquer argumento que embase tal questionamento. Senão vejamos:

Os juízes poderiam ainda assim divergir sobre qual o melhor sentido a ser atribuído à norma, pois podem ter concepções diversas a respeito de quais princípios informam nossa prática jurídica e em que medida devem ser levados em conta (peso dos princípios). Porém, se aceitarem seu método, já não estarão livres para decidir como quiserem. A visão do direito como integridade – base da teoria de Dworkin – introduz uma racionalidade na tomada de decisão judicial,

capaz de, inclusive, impor ao juiz uma solução contrária àquela que seria adotada caso sua preferência prevalecesse. (PRADO 2012 p.3)

Assim, entende-se que, apesar de aberta a liberdade da tradição jurídica exposta por Dworkin, uma vez aplicada a visão do direito como integridade a racionalidade devera em toda hipótese estar presente na base da decisão de um magistrado, desta forma até mesmo é possível que a visão da integridade de causa ao magistrado o feito de decidir contrariamente a seus princípios pessoais, mas de acordo com os princípios do direito.

Entretanto, o Direito, como bem-disposto por Dworkin, não é composto apenas de casos fáceis, existe segundo ele os chamados “Casos Difíceis” que, segundo a teoria dworkiana, são interessante aspecto da existência de apenas uma única resposta correta.

## 2.2. DWORKIN E OS CASOS DIFÍCEIS

Ante a existência dos denominados “Casos Difíceis ou Complexos”, o positivismo jurídico precisou estabelecer um conceito do que seriam tais singularidades.

Em que pese, casos difíceis são assim denominados, pois, em que aparente a resposta para o cerne de sua questão não está de forma aparente descrita nas mais diversas fontes da norma, *ibis literis*, é impossível para um magistrado ao menos uma vez em sua vasta carreira jurídica não se deparar com um caso demasiadamente complexo, que, *a priori*, pareça impossível chegar-se a um denominador comum

O positivismo jurídico de Hart, antes do advento da teoria da integridade de Dworkin apontava que o Magistrado teria o poder Discricionário para decidir o cerne da questão e assim resolver o conflito.

Como bem aponta DWORKIN:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra (...) Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão (DWORKIN 2020, p.127)

Frente ao entendimento de que a discricionariedade do juiz é amplamente inconstitucional, e que tal aplicação traria tremenda insegurança jurídica a parte, visto a criação de uma função atípica do Juiz; Dworkin afirma que não importa a complexidade do caso em questão, o Magistrado tem o dever, dentro da racionalidade existente, de decidir a questão seja para um lado, seja para o outro, como bem aponta:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juizes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens do Estado divergem sobre os direitos políticos (DWORKIN, 2020, p. 128).

Em seu conceituado livro, “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin realiza apontamentos mais concisos sobre a teoria que aponta as possíveis soluções para os denominados casos difíceis.

Como parte deste objetivo estudo, foca-se na ideia de argumentos Políticos e argumentos de Princípios apresentadas por Dworkin em sua obra. Como bem aponta o autor, os argumentos de política são aqueles que em suma demonstram a proteção (por parte do Juiz) de um bem inerente a coletividade e a democracia, logo o entendimento político fomentaria o argumento do Juiz, por sua vez, o argumento de princípio é aquele que não só justifica o argumento político, como também lhe dá base legal, senão vejamos:

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 do subsídio para a indústria aeronáutica, que pregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito a um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN 2020. p.129)

Saber a distinção entre o argumento de política e o argumento de princípio é fundamental para discernir sua aplicação nos casos difíceis. Um dos casos apontados como difíceis pelo autor é o caso *Spartan Steel*.

No referido caso a fundidora *Spartan Steel & Alloy Ltd* possuía uma fábrica que ficava Birmingham que obtiva energia elétrica de um cabo subterrâneo ligado diretamente a estação de força mais próxima. Em um dia de trabalho, a corporativa *Martin & Co Ltd* estava realizando um trabalho de escavação quando, por negligência, rompeu o cabo de ligação, fazendo com que a fábrica ficasse mais de 15 (quinze) horas sem energia elétrica, o que causou perda considerável nos materiais utilizados para a fabricação do ferro.

Diante do caso em questão, parece ser simples a resposta da questão. A fábrica de maneira cristalina precisaria ser indenizada pelos danos causados pelas mais de 15 horas sem energia elétrica. Contudo como bem aponta Dworkin é possível ver a aplicação tanto de argumentos de princípio como de argumentos de política, como afirma:

(...) O tribunal tinha de decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente dos danos a propriedade alheia cometidos por negligência. O tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização- o que é uma questão de princípio- ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante- o que é uma questão de política” (DWORKIN 2020. p 130)

Perante a existência da possibilidade de que o tribunal no presente caso, possa decidir tanto de maneira política, como de maneira principiológica, Dworkin dá a entender que o dever previamente afirmado de que os Juízes têm de decidir, sem inventar novos direitos, se torna muito mais complicado?

Para Dworkin e sua teoria do direito, baseada na integridade do Direito a decisão tomada pelo juiz no caso, o qual a época dos fatos foi uma decisão baseada na argumentação política; deveria na realidade ser pautada na argumentação dos princípios:

Se os juízes fossem legisladores segundos, o tribunal deveria estar preparado para seguir a última alternativa, tanto quanto a primeira, e decidir em favor do demandante se fosse essa a recomendação do argumento. É isso, imagino, o que significa a ideia corrente de que

um tribunal deve ser livre para decidir um caso novo como o da *Spartan & Steel* em bases políticas, e foi assim, de fato, que o lorde Denning descreveu sua opinião neste caso específico. Eu não suponho que ele pretendida estabelecer uma distinção entre um argumento de política e um argumento de princípio no mesmo sentido técnico que eu estabeleço, mas, ainda assim, ele não pretendida descartar um argumento de política nesse sentido técnico.

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan & Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas. É evidente que essa tese precisa de muita elaboração, mas podemos observar que certos argumentos da teoria política e da teoria do direito a apoiam, inclusive em sua forma abstrata. Estes argumentos não são decisivos, mas em força suficiente para sugerir a importância da tese e justificar a atenção de será necessária para dar-lhes uma formulação mais cuidadosa (DWORKIN 2020. Pág. 132)

Perante as ideias apresentadas pelo autor, pode-se entender que para ele, os casos difíceis, mesmo que pela literariedade do nome, sejam de extrema complexidade, é possível em meio a ciência do direito encontrar uma única resposta correta ao aparente conflito que o origina. Para chegar a esse entendimento, Dworkin trabalha com os pontos fracos de seus críticos, e pauta sua teoria em como o direito por integridade é o ponto chave para chegar a única resposta correta.

### 2.3. ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Em sua obra “Uma questão de Princípios”, Dworkin defende de maneira incisiva a teoria de que existe apenas uma única resposta correta para os casos difíceis apresentados ao juiz.

O autor argumenta ferozmente que uma corrente principiologia, a partir da sua teoria do direito, é a chave para que até mesmo nos casos mais complexos haja apenas uma única resposta correta, como afirma:

Quando não existe nenhuma resposta certa para uma questão de Direito? Suponha que o legislativo aprovou uma lei estipulando que "contratos sacrílegos, de agora em diante, serão inválidos". A comunidade está dividida quanto a se um contrato assinado no domingo é, apenas por essa razão, sacrílego. Sabe-se que bem poucos legisladores tinham essa questão em mente quando votaram, e agora estão igualmente divididos quanto a se ela deve ser interpretada assim. Tom e Tim assinaram um contrato no domingo, e



agora Tom processa Tim para fazer cumprir os termos do contrato, cuja validade Tom contesta. Diremos que o juiz deve buscar a resposta certa para a questão de se o contrato de Tom é válido, mesmo que a comunidade esteja dividida quanto a qual é a resposta certa? Ou é mais realista dizer que simplesmente não há nenhuma resposta certa para a questão? (...) Quero agora defender a visão impopular - que, nas circunstâncias acima descritas, a pergunta sobre o contrato de Tom pode muito bem ter uma resposta certa - em oposição a certos argumentos sobre os quais se apoiam seus oponentes, consciente ou inconscientemente. Tentarei também demonstrar qual o significado da tese de nenhuma resposta certa e por que as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta em nosso sistema jurídico podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe (DWORKIN 2001, p 176).

Neste sentido, Dworkin passa a superar os argumentos de que na realidade não existe uma única resposta correta, atacando com argumentos lógicos as teses propostas pelos Juristas da época.

A primeira tese, denominada por Dworkin como a tese da Bivalência, a exemplo usa a ideia de que a linguagem usada pelos juristas a época é enganosa e não abre espaço para um possível terceira interpretação semântica da norma. Ou seja, não é possível pensar logicamente que as duas alternativas possíveis para a solução dos casos difíceis estejam falsas:

A primeira versão sustenta que a conduta linguística superficial dos juristas, acima descrita, é enganosa porque sugere que não há nenhum espaço lógico entre a proposição de que um contrato é válido e a proposição de que não é válido; isto é, porque não admite que ambas as proposições possam ser falsas. Na verdade, porém, se examinarmos mais profundamente a matéria, descobriremos que pode ser falso tanto que um contrato é válido como que não é válido; falso tanto que uma pessoa é responsável como que não é responsável por algum ato; e falso tanto que um determinado ato constitui um crime como que não constitui. Em cada caso ambas as proposições podem ser falsas, porque em cada caso, não esgotam o espaço lógico que ocupam; em cada caso, há uma terceira possibilidade independente que ocupa o espaço entre as outras duas. (DWORKIN 2001. p 177)

Ademais, a segunda tese de nenhuma resposta correta por sua vez, não pressupõe a existência de um espaço entre os sentidos semânticos da norma; de que algo é ou não é verdadeiro/falso; em resumo tal tese afirma; usando como exemplo a questão: “Tom é de meia idade ou não”; que entre a fronteira

da resposta de que Tom, possivelmente teria meia idade, é incorreto afirmar categoricamente que ele teria e que ele também não teria, meia idade:

A segunda versão da tese de nenhuma resposta correta, por outro lado, não supõe que exista algum espaço lógico, nesse sentido, entre as proposições de que um contrato é válido e de que não é válido, ou de que uma pessoa é responsável ou não o é, ou de que um ato é um crime ou não o é. Não supõe que exista alguma terceira possibilidade e, no entanto, nega que uma das duas possibilidades disponíveis sempre seja válida, porque pode não ser verdade que uma delas o seja. Por essa segunda versão da tese, a pergunta "O contrato de Tom é válido ou não é válido?" é como a pergunta "Tom é de meia-idade ou não?" Pode não haver nenhuma resposta certa para a segunda questão se Tom tiver uma idade que se encontre na fronteira entre a juventude e a meia-idade, não porque reconhecemos categorias de idade distintas tanto da meia-idade como da não meia-idade, mas porque, no limite, é um erro dizer que alguém é ou não é de meia-idade" (DWORKIN 2001. p 178)

O autor ainda afirma que a segunda versão também trabalha com a teoria da imprecisão, por exemplo, em uma questão "Charles é um homem corajoso?" seria impreciso, segundo essa tese, afirmar que Charles é um homem corajoso em situações em que Charles já esteja morto ou até mesmo se for levantada a hipótese de que Charles em nenhum momento de sua vida se deparou com empecilho que lhe requeresse coragem.

Também, segundo as afirmativas de Dworkin a segunda versão também encontraria respaldada nos argumentos positivistas e no denominado argumento da controvérsia. O primeiro diz respeito a ideia de que as leis ou normas tem sua existência pautada nos atos e na virtude humana:

O positivismo jurídico tem muitas formas diferentes, mas todas apresentam em comum a ideia de que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humanos. Em algumas formas de positivismo, esse ato é o ato de autoridade de uma pessoa ou grupo com poder político efetivo; em outras formas, pode ser um ato tão passivo quanto a aceitação geral e casual de uma regra baseada nos costumes; mas, em todas as formas, algum conjunto de atos é definido como necessário e suficiente" (DWORKIN 2001. p 194)

Por sua vez, o segundo, segundo Dworkin é pautado na ideia de que é impossível concluir que uma afirmativa é ou não verdadeira, mesmo depois de demonstrado todos os argumentos, sejam baseados em fatos concretos,

aqueles relacionados aos fatos físicos, ou em fatos relativos, aqueles baseados no comportamento humano.

O autor determina ainda que o fator da “demonstrabilidade” foi incisivo para que esse argumento fosse o mais aceito por tantos anos pelos teóricos da decisão judicial:

O argumento pode ser apresentado na forma de uma doutrina que chamarei de tese da demonstrabilidade. Essa tese afirma que, se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Com "fatos concretos" quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas. Com "demonstrar" quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade (DWORKIN 2020 p 204)

Nesse sentido, para Dworkin, se caso a primeira versão da tese de nenhuma resposta correta for afirmativa, então a discricionariedade do juiz é efetivamente prevista na legislação, por sua vez, se a segunda versão for afirmativa, a discricionariedade será a única saída para a resposta complexa por ausência de previsão legal, conceito este amplamente combatido pela Teoria do Direito de Dworkin:

Se alguma versão da tese estiver certa, então podem existir muitas ações judiciais em que seria errado dizer que qualquer uma das partes tem direito a uma decisão, e correto dizer que o juiz tem poder discricionário para decidir em qualquer um dos sentidos. Mas esse importante diferença existe. Se a primeira versão for válida, essa discricionariedade é prevista afirmativamente pela lei, não porque a lei distinga circunstâncias em que trocas de promessas, por exemplo, enquadram-se numa categoria distinta que tem a discricionariedade como consequência. Se a segunda versão for válida, por outro lado, segue-se a discricionariedade, não por previsão afirmativa, mas por ausência: como a lei não estipula nada, nem mesmo a discricionariedade, o juiz deve fazer o que puder, por sua própria conta. (DWORKIN 2001 p. 179)

Pode-se concluir que a teoria dworkniana de uma única resposta correta basear-se-á muito na figura do denominado Juiz Hercules (Heracles). Para o teórico o Juiz Hercules seria o modelo ideal de julgador, onisciente, com diversas habilidades, aprendizagem, paciência e inteligência sobre humana.

Para o Hercules (assim como aponta o personagem que originou o nome) não haveria lacunas legais, o juiz trabalharia com os princípios para que chegasse sempre a uma única resposta em casos difíceis, como aponta José Sergio Cristovam, nas palavras de Dworkin:

Para tentar resolver essa problemática, DWORKIN estabelece seu conhecido modelo ideal de julgador, o Juiz Hércules, dotado de habilidades, aprendizagem, paciência e agudeza intelectual sobre-humanas, um modelo de juiz onisciente, que conhece o ordenamento jurídico por completo e dispõe de todo tempo necessário para encontrar a única solução correta. O sistema jurídico em que o Juiz Hércules atua não possui lacunas, sendo construído um esquema de princípios abstratos e concretos capazes de proporcionar uma justificação coerente a todos os casos julgados, bem como para as disposições constitucionais e infraconstitucionais (DWORKIN, 1981, p. 44-61). (CRISTOVAM 2011)

Destarte o pensamento dos demais teóricos da decisão judicial, Dworkin pauta seu argumento no ideal principiológico e na figura do juiz Hercules para afirmar que é possível chegar a uma única resposta correta em casos controversos.

Dessa forma, é possível entender que o Direito por integridade em seu núcleo engloba a teoria de uma única resposta correta. Segundo Dworkin uma vez que o Juiz Hercules é o julgador ideal, ele usando o direito como integridade, adequara o caso difícil ao sistema existente, apontara os princípios e as normas a serem usadas, o derradeiro argumento do Juiz Hercules é ser a ideal figura do intérprete da constituição, por sua vez, do próprio direito em si.

Diante disto, apesar de perfeitamente concreta e firme, a teoria de Dworkin não está livre de críticas, principalmente no sistema judicial brasileiro baseado em *civil law*, em contraponto as ideias apresentas é possível apontar específicos pontos no qual, pelo advento do Direito Moderno, a teoria de Dworkin, poderia encontrar-se, no que diz respeito aos casos difíceis, defasada.

### **3. CRÍTICAS A TEORIA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA DE DWORKIN**

É de se analisar friamente que a teoria do direito como integridade apresentada por Dworkin, não está livre de críticas, principalmente em um sistema jurídico positivo, como o Brasileiro, baseado em sua integralidade no *civil law*.

Ademais, Dworkin mesmo sendo um dos filósofos mais estudados pelos juristas brasileiros, não há como, de maneira 100% precisa e legítima aplicar o conjunto de ideias dworknianas da teoria da única resposta correta em um dentro do sistema jurídico brasileiro.

Um dos principais críticos a tese dworkniana de uma única resposta correta é o jurista André Portugal, que faz diversos apontamentos e até mesmo críticas de como o próprio judiciário brasileiro, em determinadas instâncias da ciência do direito, deixa-se demasiadamente levar-se por ideias de filósofos internacionais, principalmente Americanos e Alemão, que em certas ideias apresenta contra pronto com o sistema jurídico brasileiro, como bem afirma Portugal sobre a questão:

Uma característica infelizmente marcante da academia jurídica brasileira é a deferência, não raras vezes irrefletida, a teorias e autores estrangeiros, especialmente norte-americanos e alemães. Outra, que poderia parecer paradoxalmente contraditória à primeira, é que são poucos os que efetivamente leem, a não ser por intermédio de autores brasileiros, as obras ou autores que idolatram, e ainda mais raros são os que se dedicam a compreendê-los, o que exige atenção, paciência e honestidade intelectual. Ronald Dworkin talvez seja o maior exemplo disso: cuida-se do filósofo mais aclamado pelos estudiosos brasileiros, ao mesmo tempo em que as partes mais relevantes de sua obra costumam ser completamente ignoradas, de modo que várias são as teses e monografias sobre a sua teoria escritas com base em premissas falsas, que chegam, por óbvio, a conclusões precipitadas (PORTUGAL, 2018, p.1)

Ante a crítica de Portugal sobre os próprios autores, ainda complementa, afirmando que são diversos os trabalhos acadêmicos que apresentam as teorias descritas por Dworkin, que no caso de apresentá-las a prática do Direito brasileiro, são permeadas com conclusões precipitadas sobre o assunto que discorrem.

Em sua obra, “Decisão Judicial e Racionalidade: Crítica a Ronald Dworkin”, Portugal faz uma escurreita análise sobre os pontos em que a teoria

de uma única resposta correta, encontra-se falha e aberta a críticas. São diversos os pontos apresentados pelo autor que ensejam a crítica a obra de Dworki, contudo este trabalho encontra destaque em três pontos principais.

Destarte, é preciso apresentar os pontos afirmados por Portugal, que em suma, resumem bem a teoria da única resposta correta. O primeiro, passa a ideia de que os conceitos de não há como confundir o Direito com a moral:

(...)O conceito de Direito guardaria estrita vinculação com princípios morais, embora, em tese, não se confunda com a moral. O Direito seria, na realidade, um ramo da moral, de modo que os princípios jurídicos teriam a sua origem, precisamente, na moral. Metaforicamente, pode-se imaginar uma árvore, com raízes e diversos galhos. As raízes seriam os princípios morais, ao passo que um dos vários galhos seria o Direito(...) (PORTUGAL, 2018, p.1);

O segundo ponto, conforme afirma Portugal: “Esses princípios que sustentariam o sistema jurídico seriam dois: o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e a responsabilidade pessoal de cada um por sua própria vida” (Portugal ,2018, p.1); pode-se afirmar dessa forma que os princípios do sistema jurídico seriam do próprio direito e a responsabilidade individual dos cidadãos regidos pelas normas jurídicas

Os pontos três e quatro se complementam, afirmando categoricamente que haveria diferença prática entre a moral e o princípio Direito advindo da moral, onde no segundo caso o Direito é conceituado como, um sistema íntegro, coerente e completo de regras e princípios:

A aplicação prática, bem como a fundamentação da moral, não incluiria senão os seus próprios princípios: cada um deles deveria ter o seu papel elaborado em um projeto geral e conjunto, que deveria considerar todos os outros princípios, no que Dworkin chamou de unidade e integridade da moral, de uma moral compartilhada por uma dada comunidade política. Como esses princípios fundamentariam o Direito, também no Direito essa unidade deveria ser buscada. Haveria, em todo caso, verdades morais, assim como verdades jurídicas; (...)

(...)O Direito, portanto, tratar-se-ia de um sistema íntegro, coerente e completo de regras e princípios — ou, ao menos, ele deveria ser visto e interpretado como tal. A base desse sistema seriam, naturalmente, os princípios morais, que dariam fundamento para todo o resto,

inclusive para a interpretação judicial. Daí é que aos juízes caberia decidir “por princípio” (...)” (PORTUGAL, 2018 p.2)

O quinto ponto, afirma, categoricamente, que a melhor interpretação para uma decisão que um juiz pode tomar quando um novo caso judicial surge, quando não há uma ideia fixa sobre ele, seria aquela que se enquadra no já pré-estabelecido sistema integro de princípios do Direito:

(...)A melhor interpretação seria aquela que envolvesse a correlação entre *todo* e *partes*, ou, em outros termos, que demonstrasse como os casos novos se enquadrariam naquela totalidade íntegra e coerente de princípios e regras jurídicas. Naquela totalidade, residiria a “única resposta correta”, cuja busca caberia a Hércules, o juiz ideal de Dworkin, habitante de um mundo próximo ao da “posição original”, de John Rawls;(...) (PORTUGAL, 2018, p. 2)

O sexto ponto destacado por Portugal é que na visão de Dworkin o juiz Hercules se trate de um julgador ideal, tendo o dever que decidir em qualquer caso apresentado, e que para tal juiz, haveria sim uma única resposta correta, para o Juiz Hercules não há espaço para dúvidas:

(...) Embora Hércules se trate de um ideal regulador — o juiz com o conhecimento, capacidade, tempo e paciência ilimitados, além de uma dose invejável de isenção —, Dworkin deixa claro que, para ele, haveria, sim, uma única resposta ou interpretação correta para todo caso jurídico. Bastaria, para encontrá-la, que fôssemos dotados dessas capacidades. Ou, em outras palavras: se todos dispuséssemos dessas qualidades, todos chegaríamos a uma mesma resposta para todo e qualquer caso. Não haveria espaço para o dissenso; (...) (PORTUGAL, 2018, p.2)

Por fim, os dois últimos pontos destacam o fato de que as colisões entre os princípios do sistema do Direito seriam apenas aparentes, o julgador saberia qual aplicar visto que o sistema seria holístico e que a figura do Juiz Hercules é o perfeito intérprete da Carta Magna do país:

(...)Na medida em que se deveria partir da ideia de um sistema íntegro e coerente de princípios, as colisões entre estes seriam apenas aparentes. Caberia ao intérprete integrá-los naquela unidade, por assim dizer, holística; (...)

(...)Ao concentrar o seu ideal regulador na figura de um juiz, Dworkin aposta no Poder Judiciário como o intérprete mais autêntico da Constituição. (PORTUGAL, 2018, p.3)

Portugal, passa a categorizar esse resumo de ideias, como a base da Teoria do Direito de Dworkin, que o conjunto é essencial para entender a totalidade da ideia proposta pelo autor Americano.

Superada a ideia de que é possível identificar críticas em vários pontos do conjunto de ideias que compõe a teoria dworkniana de uma única resposta correta, passa-se a apresentar a diante, as três principais críticas que Portugal apresenta em seu livro.

### 3.1. A COÊRENCIA E INCOMPLETUDE DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Como bem apontado por Portugal, as divergências entre Dworkin e Hart sobre o tópico da completude do Sistema jurídico são muito mais antigas que as primeiras ideias dos dois teóricos.

A discussão arremete as ideias advindas de Hans Kelsen (1881-1973) e do próprio círculo jurídico de Viena. Quando se trabalha com a lógica do direito a pergunta sobre a possibilidade de um sistema jurídico abranger todo e qualquer caso possível já era questionada:

A problemática da completude dos sistemas não se trata, propriamente, de uma novidade na ciência jurídica. Já em Kelsen e em todo o positivismo influenciado pelo Círculo de Viena, quando se acentua a presença da lógica do direito, veem-se indagações sobre a possibilidade de o sistema jurídico ser suficientemente amplo para abarcar, em suas normas, todos os casos possíveis. (...) (PORTUGAL, 2017, p. 46)

É possível, extrair-se dos estudos da lógica do direito, a ideia de que um sistema jurídico é um sistema de ideias deonticas, que em suma regulam as ações e a conduta humana.

Para completar o sistema, existem três modais, a obrigatória, a proibida e ou permitida, todas elas previamente tipificadas. Tal ideia pode ser vista no ordenamento jurídico brasileiro no próprio Código Penal, quando é dito no Art 121 do código que o crime de homicídio é punido com a pena de seis a vinte



anos, há, expressamente uma proibição no texto legal, qual seja, matar alguém é crime passível de pena, existe uma punição por matar alguém.

Segundo Portugal, a ideia deontica nada se equivale a ideia de integridade de direito de Dworkin. Trata-se de completude sintática (o que envolve as relações entre as proposições do sistema) e semântica na medida em que entramos na relação do sistema com o seu objeto de referência; no caso do direito, tal objeto seria o “universo da conduta humana”.

A partir da ideia da completude sintática e semântica, é possível entender que ele estaria completo se qualquer um dos casos caísse em uma das três modais possíveis, não havendo uma quarta possibilidade (PORTUGAL, 2017. Pág.47); baseado na ideia da lógica do direito, Portugal nos apresenta a problemática dos paradoxos.

Indo de uma análise literária com a problemática apresentada por um dos personagens de Don Quixote à Sancho Pança, bem como partindo de uma análise matemática pela ótica de Bertrande Russel, Portugal percebe que o paradoxo causado pela ideia a si mesmo não pode ser resolvido no “mesmo nível de linguagem” que é usado no nível semântico:

O que se deve dizer é que, como ocorre no dilema da obra de Cervantes, uma mesma preposição acaba por apresentar duas soluções ou significados contraditórios entre si, ou, a bem da verdade, nenhuma solução, ao menos naquele mesmo nível de linguagem” (PORTUGAL, 2017. Pág.50)

Assim, a interpretação de Portugal se torna bastante precisa se for analisado friamente o seguinte silogismo: Se o Direito para Dworkin é um sistema completo e coerente de ideais e princípios, mas certas questões estão fora desse sistema, logo o sistema conhecido como Direito não é um sistema completo.

Tal ideia pode ser vista na seguinte passagem:

(...) Portanto, ao menos em matéria de interpretação das práticas comunitárias, Dworkin pode ser considerado uma construtiva (...). Logo, não se poderia falar em um sistema estritamente fechado, nos moldes do positivismo exegético, pois a sua reconstrução exigiria a sua abertura através da interpretação construtiva, a qual caberia a cada sucessor daquele imaginado romance em cadeia. Entretanto, essa interpretação deveria se fundar em uma ideia de coerência

próprio do holismo, o que é inclusive confirmado por Dworkin. O sistema será necessariamente incompleto(...) (PORTUGAL, 2017. p.57)

Nesse sentido, a coerência está ligada intrinsecamente com a completude do sistema, visto que no ponto analisado é que a própria ideia de coerência, por si mesma é incapaz de fundamentar a legitimação do direito, é possível afirmar que nem sempre a ideia da coerência é necessária na tomada de decisões judiciais.

Ao dizer que o fato de que a coerência por si só não funciona, Portugal afirma:

O que fica evidente, com tudo isso, é que o ideal de coerência por si só, não é capaz de fundamentar a legitimação do direito- e das decisões que nele venham a se verificar: a coerência, por ela mesma é insuficiente. Uma tradição, para usar os termos de Gadmar ou uma determinada história institucional, já nas palavras de Dworkin não se legitimam simplesmente por terem este caráter(...) justamente por isso, o direito deve procurar um fundamento de legitimidade que seja alheio à coerência, como fez Sancho, ao seu modo, na decisão daquele famigerado paradoxo (PORTUGAL, 2017. P.59-60)

Nesse ponto, Portugal faz uma interpretação extensiva da própria teoria de Dworkin. O direito enquanto coerência por si só é insuficiente e o sistema da teoria, por só abranger a ideia de uma interpretação semântica e não de uma metalingual, afirma a incompletude do próprio sistema.

### 3.2. O SISTEMA JURÍDICO COMO UM SISTEMA COMPLEXO E O AUMENTO DE SUA COMPLEXIDADE

O segundo ponto tratado por Portugal como uma das críticas é que por excelência, o sistema jurídico, qual seja o direito, é um sistema por natureza complexo.

Diferente de Dworkin, que acreditava que o Direito seria na realidade um sistema fechado, Portugal entende o direito como um sistema aberto, cercado por influências do próprio meio em que é usado, pode-se dizer então, influenciada pela própria realidade:

(...) Devemos tratar não de sistemas simples e fechados, mas de sistemas complexos e abertos, especialmente se tomarmos como referência sistemas circunscritos pela realidade e, assim, influenciados por ela. Sendo assim, se é correto dizer que vivemos numa realidade progressivamente complexa, isso significa que os sistemas devem, tanto quanto possível, se adequar a esse novo pano de fundo". (PORTUGAL, 2017. p.61)

Nesse sentido, segundo o autor é possível caracterizar um sistema complexo como aquele constituído em partes que se interligam a depender do próprio sistema.

Essa "imprevisibilidade" está estritamente ligada ao próprio ambiente que é refletido pelo sistema. A depender dos relacionamentos das partes dos sistemas, os resultados podem ser contingenciais e provisórios. Dessa forma os sistemas complexos não "evoluem" por conta de terceira pessoa que refina o sistema, essa evolução ocorre automaticamente de dentro para fora e de fora para dentro:

(...) A rigor, pode-se dizer que a estrutura interna de cada sistema complexo é capaz de "evoluir se a intervenção de um designer externo ou a presença de alguma forma centralizada de controle interno", isto é, cada um deles detém uma propriedade de se desenvolver ou alterar a e sua estrutura interna de modo espontâneo, sobretudo para se adequar a ou manipular seu respectivo ambiente (PORTUGAL, 2017. p.62)

Graças a essa complexidade do sistema, em determinado momento este resistente as mudanças, essa situação é subvertida pela própria capacidade do sistema de auto evoluir e se adequar a realidade, assim sendo dificilmente um sistema complexo ficaria preso em questões futuras.

Ao entender que por ser um sistema complexo, o Direito possui a capacidade de auto evoluir, bem como rege a sociedade e passa a adequar-se a ela. Por se tratar de um sistema complexo, com diversas camadas e ligados a sociedade, é impossível que a alteração de uma das estruturas do sistema, não causa uma mudança significativa na sociedade:

O direito, conquanto se trate de um sistema complexo, embora estruturalmente diverso dos sistemas regidos por leis naturais, é frequentemente confrontado com questões semelhantes, especialmente em razão de sua relação umbilical com a sociedade,

onde se encontram vários âmbitos por ele regulados- e influenciados. É possível que alguma regulação jurídica acabe por ter consequências que alterem radicalmente o funcionamento de outros sistemas, como o econômico, por exemplo. (PORTUGAL, 2017. Pág. 63)

É possível visualizar dois exemplos bem claros sobre a questão acima. Um dos exemplos é sobre o antigo crime de adultério.

A prática do adultério, qual seja, a prática de relações extraconjugais estando casado civilmente, era tipificada no então art.240 do Código penal, que dizia:

*Art. 240 - Cometer adultério:*

*Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses.*

*§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.*

*§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.*

*§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:*

*I - Pelo cônjuge desquitado;*

*II - Pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.*

*§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:*

*I - Se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;*

*II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317, do Código Civil.*

Tardiamente, o adultério deixou de ser considerado crime em 2005, pois para os juristas, bem como para a sociedade no geral, tratava-se de uma questão muito mais moral em sua essencial.

Outro exemplo que podemos dar sobre a Direito como um sistema auto evolutivo/ sustentável encontra-se visível de maneira recente nos últimos 2 (dois) anos, quando se leva em consideração o contexto pandêmico trazido pela Covid-19.

Temos o direito se adequando a realidade da Pandemia Mundial da Covid-19 na medida em que, para controlar a proliferação viral, os governos começaram a criar dispositivos legais ditando novas regras de uso de estabelecimentos privados e públicos. O exemplo mais claro do contexto pandêmico é o uso obrigatório de máscaras para evitar o contágio e a proliferação viral.

Nos casos acima, o Direito se adaptou as situações sociais e morais que antes não existiam dentro da sociedade, seja tendo descriminalizado a prática do adultério, ou tendo criado parâmetros legais como no caso da pandemia mundial.

Tal ideia de adequação do sistema a realidade em que está inserido, pode ser vista na seguinte passagem:

(...) Em outras palavras, o direito não poderia ser considerado senão como um sistema complexo e dinâmico: a sociedade seria, afinal, o palco para eventos imprevisíveis, a exemplo de fatos inicialmente desconhecidos, desastres naturais etc. (PORTUGAL, 2017. p.63)

Concluindo essa ideia da complexidade do sistema, Portugal remonta a ideia de J B Ruhl sobre a necessidade da complexidade do sistema e, passa a ideia de que dentro do Direito como um sistema jurídico, tal complexidade, mesmo que caótica, é necessária. Como afirma o autor, uma vez que a sociedade é a principal responsável pela complexidade do sistema, uma vez que a complexidade sistêmica está invariavelmente ligada a complexidade de seu respectivo ambiente (PORTUGAL, 2017 p.64).

Para Portugal, a teoria da única resposta correta de Dworkin, deixa de levar em consideração a complexidade da sociedade moderna e baseia sua ideia em um sistema de Direito como o ramo da moral de maneira Objetiva:

(...) a teoria de Dworkin, na medida em que concebe o direito como um ramo da moral, ignora a complexidade e a fragmentação de racionalidades que marcam a sociedade (pós)moderna. Ele, pelo contrário, aposta na construção de um sistema moral objetivo e aplicável a toda a sociedade, o qual consistiria em uma metanarrativa e, logo, em uma possibilidade discursiva única” (PORTUGAL, 2017. p.82)

### 3.3. JUIZ HERCULES E O CONSTITUCIONALISMO

Segundo André Portugal, as mais duras críticas a teoria da única resposta correta de Dworkin se encontram em como o autor sistematiza a figura do denominado Juiz Hercules e em como esse juiz interpreta a norma.

Na medida em que Dworkin põe como regulador a figura do Juiz Hercules, o julgador perfeito, dotado de capacidades sobre-humanas, da mesma forma causar debates dentro do Constitucionalismo:

“Para atingir seu objetivo, vimos que ele lança mão de um ideal regulativo representado pela figura do juiz Hércules, aquele cujas capacidades sobre-humanas fariam chegar, sempre, à melhor interpretação. Essa concepção tem influenciado sobremaneira os debates sobre o controle de constitucionalidade, vinculando-o à necessidade de um julgamento material da legislação infraconstitucional” (PORTUGAL.,2017. p.111-112)

Portugal afirma ainda que tais debates trazidos pela figura do Juiz Hercules ainda seriam um problema visto que pelo conceito estabelecido pelo Dworkin, o autor estaria plenamente confiante na capacidade do julgador de cada caso concreto de chegar à verdade.

Sobre este ponto, faz referência a Marcelo Neves que possui interessante ponto sobre a figura do Juiz Hercules:

Este (o juiz Hércules) teria a capacidade de determinar quais os princípios da moralidade servem consistentemente de apoio às instituições e às leis, caracterizando-os como princípios jurídicos. Também a esse respeito, a questão decorre de um normativíssimo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso. A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária (NEVES, 2011. p.59-60)

De maneira simples, a ideia que pode ser interpretada é de que seria extremamente problemático para o Juiz Hercules pelo seu normativíssimo utópico, adequar-se ao sistema complexo e pluralista que é o judiciário em sua essência.

Tal lógica, por si só, já contradiz o ideal de Dworkin presente na figura do Juiz Hercules. Dessa forma, é possível notar que a teoria de Dworkin vai de encontro ao conceito estabelecido de Constituição das muitas mentes ou vozes (*Constitution of many minds*), baseada na tese de Sunstein de que em muitas

das vezes, o legislador de determinada norma quer dizer uma coisa, aquelas que a interpretam entendem de outra.

Se a figura do Juiz Hercules parte de uma premissa de perfeição, de que o Juiz Hercules é o intérprete ideal da constituição. E por sua vez a figura de Hercules não pode se enquadrar na figura do direito Público, o julgador ideal deixaria de considerar importante as ideias advindas desse ramo do direito que são essenciais ao entendimento do constitucionalismo:

De algum modo, é possível afirmar que a teoria de Dworkin não se adequa à Constituição de muitas mentes ou vozes (Constitution of many minds), de que fala Cass Sustein, ao abordar a importância da esfera pública no processo de tomada de decisões pelas cortes constitucionais. Segundo ele, Dworkin partiria de uma visão perfeccionista da jurisdição constitucional, que confia sobremaneira na possibilidade de juízes encontrarem os princípios morais que fundamentam ou devem fundamentar o direito (PORTUGAL, 2017. p.113)

A ideia de Dworkin cria a crítica ao constitucionalismo que por sua vez cria a ideia de uma recorrente invasão do poder de decisão da suprema Corte. Ela estaria decidindo por princípios e não pela constituição

A própria figura do Juiz Hercules não seria o ideal, visto seu funcionamento idealista e utópico ao interpretar a norma, adequando-a à um sistema estritamente incompleto. Para teóricos como Habert e Habermas, é melhor apostar em uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, do que em um juiz capaz de encontrar os princípios de seu próprio ordenamento jurídico.

É ainda de se salientar, que toda a ideia do constitucionalismo (pós)moderno apresentado hoje dentro do ramo do direito, vai de encontro com o constitucionalismo estatal de corrente da teoria de Dworkin:

É verdade que, há alguns anos, falar de constitucionalismo estatal não seria senão uma redundância. Mas não há dúvida de que o atual constitucionalismo não é o mesmo de um ou dois séculos atrás. O ambiente da sociedade (pós)moderna é sobretudo mais complexo, e isso se deve em grande, ao alargamento do âmbito de relações intersubjetivas, intergovernamentais e, conseqüentemente, internormativas e interconstitucionais – ou transconstitucionais. (PORTUGAL, 2017. p.115-116)

A ideia do constitucionalismo pós-moderno encontrou, na transconstitucionalidade uma forma de se adequar ao avanço complexo da sociedade regida pelo direito. Ao entender que o constitucionalismo de Dworkin está embasado na moral compartilhada, que daria origem aos princípios e este, por sua vez, embasaria toda a decisão judicial, não há como não visualizar o fechamento da ideia de um constitucionalismo não aberto, ou seja, antiquado. Tal constitucionalismo não trabalharia com a ideia da articulação e dessa forma não se adequaria a complexidade da sociedade pós-moderna

#### 4. EFEITO RASHOMON E O DIREITO

Analisado as críticas a teoria dworkiana de uma única resposta correta, é possível imaginar uma existência plural de várias respostas, mesmo que conflitantes, que sejam determinantemente embasadas e devidamente coerentes.

Tal situação se liga com o denominado Efeito Rashomon, situação em que é possível chegar a diversos finais que, apesar de diversões são estoicamente coerentes. Veja-se por exemplo uma *lide* comum, a parte demandante requer indenização do demandado por ferir sua honra subjetiva, dentre as várias provas apresentadas ao juiz tanto as testemunhas do demandante quanto a do demandado apresentam versões não uníssonas, demonstrando que cada uma delas visualizou o acontecimento de maneira independente com um ponto de vista diferente.

O já citado “Efeito Rashomon” adveio de uma obra cinematográfica “Rashomon” do diretor Akira Kurosawa do ano de 1950. Por sua vez, a base para o filme vem de muito antes, de dois contos literários escritos pelo autor Ryonosuke Akutagawa, os contos “Rashomon” e “Na Floresta”. A partir do filme de Kurosawa as obras de Akutagawa se tornaram um clássico *cult* apreciadas principalmente por cinéfilos, mas também por estudiosos do ramo da psicologia e do direito.

A primeira menção ao Efeito Rashomon aconteceu em tão somente em 1970 por estudiosos da psicologia e da antropologia como Valerie Alia e Robert



Anderson. Assim nasceu a denominação do efeito que passou a ser descrita como uma situação em que é impossível, pela existência da ótica subjetiva de várias testemunhas sobre tal situação, chegar-se a um resultado objetivo.

No âmbito jurídico internacional, um dos casos mais famosos em que é possível visualizar o Efeito Rashomon é do da Suprema Corte de Queensland, na Austrália. O caso *The Australian Institute for Progress Ltd v The Electoral Commission of Queensland & Ors N°02*, alegava o ponto na antijuridicidade que o AIP tinha de fazer e/ou receber doações monetárias, ao longo do caso, o juiz da suprema corte fez o seguinte apontamento:

O efeito Rashomon descreve como as partes descrevem um evento de maneira diferente e contraditória, o qual reflete sua subjetiva interpretação e interesse de advocacia, do que uma objetiva verdade. O Efeito Rashomon é evidente quando o evento é levado ao litígio. Um não deveria estar surpreso quando ambas as partes clamam que ganharam a causa.

(Applegarth J. *The Australian Institute for Progress Ltd v The Electoral Commission of Queensland & Ors N°02*)

Dentro do direito brasileiro, os estudos referentes ao Efeito Rashomon, por sua parte baseiam-se na sua interferência em busca da verdade objetiva dentro de um caso concreto.

Como bem-dita Meister em seu artigo:

E o que tudo isso tem a ver com Direito? Do ponto de observação que estamos, tem tudo a ver. Este clássico cinematográfico inaugurou uma forma narrativa que se desvela a partir de inúmeros pontos de vista de um mesmo fato, o que em absoluto não condiciona verdade e mentira, mas interpretações sobre a verdade de cada observador (...) ou seja, trata-se do aparecimento de versões conflitantes narradas de pontos de vista diversos, sobre um evento único, e cuja possibilidade de verdade mostra-se crível para todas elas. Eis a contradição acerca da verdade (MEISTER, 2018, p. 2)

Para Meister, a dificuldade de mitigar as situações causadas pelo Efeito Rashomon é justamente trabalhar com o plural de verdades possível, tanto pelas possibilidades interpretativas como o “colocar-se” no ponto de vista de outra pessoa.

Partindo dessa afirmativa, é possível realizar um paralelo bem estruturado entre a verdade objetiva e a única resposta correta de Dworkin. O

autor afirmar categoricamente, que não só o magistrado tem o dever de em questões difíceis de tomar uma decisão, como aquela tomada por ele, pela sua teoria baseada no Direito como integridade, provavelmente seria a correta.

Essa sintaxe se baseia expressivamente na figura do Juiz Hércules que em casos dessa natureza, é incorporado no julgador da questão, essa ideia é transmitida por Portugal na seguinte passagem:

Em outros termos, ao “decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar com essa história no futuro por meio do que ele faz agora”. Assim a ideia de uma comunidade política personificada, como algo efetivamente distinto “dos seres reais que são seus cidadãos”, ou seja, como se falasse com uma única voz, torna-se possível, e a tarefa de Hércules começa a ganhar sentido(...) (PORTUGAL, 2017, p. 39)

Por sua vez, é preciso salientar que dentro do ordenamento jurídico brasileiro a questão da verdade objetiva dentro de uma *lide* processual é tão somente uma questão extra.

Partindo de um ponto de vista processual, a verdade objetiva é deixada de lado pelos princípios da verdade formal e da verdade real. O primeiro, atrelado ao processo civil, delimita a prova utilizada na racionalização da tomada de decisão pelo magistrado; o segundo, inserido dentro do direito penal, permite trazer aos autos do processo não dependendo da vontade ou iniciativa das partes.

Em que pese a busca pela verdade objetiva, assim como a busca pela única resposta correta, dentro do sistema jurídico brasileiro é muito mais um conceito abstrato do que concreto, a medida em que a verdade objetiva como conceito é amplamente utópico. O próprio sistema positivo delimita a atuação do Magistrado nas mais diversas *lides*.

#### 4.1 EFEITO RASHOMON: O MAGISTRADO E A DECISÃO JUDICIAL

Sabendo da existência do Efeito Rashomon e sua aplicabilidade dentro da decisão judicial, passa-se a delimitar as consequências do efeito Rashomon no trabalho do magistrado.

Como bem apontado por Dworkin, é impossível para um Magistrado em sua carreira jurídica deparar-se apenas com casos de complexidade baixa. Os casos difíceis aparecerão e sua resposta não estará explanada de maneira aparente nas fontes formais do direito.

É decerto afirmar que a incidência do Efeito Rashomon é presente em quase todos os casos jurídicos. No que pese os casos difíceis, a falta de resposta clara e ainda a possibilidade argumentativa das partes traz o Magistrado a um cenário de diversas óticas, que apesar de contraditórias, possuem plausibilidade e coerência. Seria assim, impossível chegar a um denominador comum dentro da decisão judicial.

Por sua vez, quando se visualiza os casos de baixa complexidade, tão somente a existência da *lide* processual já é um fator que explica a incidência do Efeito Rashomon.

Como bem apontado pelo Juiz da Suprema Corte Australiana, não há interesse na objetiva verdade para as partes, apenas na verdade que lhe seja subjetiva, por sua vez a verdade que está a seu favor.

Habermas faz interessante afirmativa sobre esse conceito:

Mesmo o acordo alcançado por meio de uma justificação “construtiva” e que provisoriamente conclui um discurso de modo convincente resulta num saber do qual os envolvidos, em seu papel de participantes da argumentação, podem saber que ele é falível e perfectível. Os atores que chegam a um bom termo com o mundo nutrem-se de suas certezas de ação, mas, para os sujeitos que, na moldura dos discursos, se certificam reflexivamente de seu saber, a verdade e a falibilidade de um enunciado são dois lados da mesma moeda. (HABERMAS, 2004b, p. 52).

Para Habermas, a verdade de uma afirmativa e sua inveracidade são dois lados da mesma moeda, de um ponto de vista há uma verdade, mas de outro há uma mentira. Esse paralelo pode ser visto nos mais diversos tipos de causas judiciais, a essência de um conflito é procurar um terceiro (juiz) para que o cerne da questão seja resolvido devido as conflitantes ideias das pessoas envolvidas.

Para pessoa X a pessoa Y teria lhe chamado de nomes como “Corno” e/ ou “Banana” e contado a diversas pessoas. Enquanto para a pessoa Y estaria

apenas se defendendo de prévias ofensas de pessoas X, mas que não teria designado a ela tais palavras.

A dura realidade é; que não se pode afirmar que o Juiz que decidisse, seja a favor de X ou seja a favor de Y, estaria dando uma sentença equivocada. Não existem sentenças com uma única resposta correta, o juiz tem o dever dentro da limitação de suas capacidades de decidir o cerne da questão; tendo o juiz decidido o lado de uma das partes não quer dizer que a resposta do vencido esteja invalida, mas que a resposta do vencedor foi a que convenceu o Magistrado dentro da norma aplicada e embasada no caso concreto.

Conforme dita REALE:

O magistrado não pode, portanto, quando da análise de casos concretos, operar utilizando-se de meros dados lógico-formais, não podendo ser “a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros atos de razão”, uma vez que também participa do meio social e deve examinar essas circunstâncias em uma visão concreta de experiência jurídica. Sentenciar não seria um ato meramente racional, porque exige a atitude de estimativa do juiz diante da prova e do próprio texto normativo (REALE, 1999, Pág. 136).

Mitigar a subjetividade advinda do Efeito Rashomon é um dos deveres do Magistrado, diversos são os meios para que seja dada as partes uma sentença objetiva. A lei, e os princípios são alguns dos mecânicos que devem ser usados pelo Juiz para fundamentar sua decisão. Como bem aponta Bianor Arruda:

Mais uma vez utilizando termos da filosofia da linguagem, pode-se dizer que o resultado da decisão judicial pode ser representado por uma nova proposição, diversa daquelas postas por autor (propositor) e réu (contraditor), mas que, diferente delas, é apresentada na forma de uma “proposição normativa”, ou seja, uma norma jurídica (...) (ARRUDA, 2015. Pág 2)

Apesar da existência do princípio do livre convencimento motivado, não se pode confundir a palavra livre com o direito do Juiz de explanar suas crenças subjetivas em uma sentença. O juiz é livre para decidir conforme seu

convencimento embasado nas fontes formais do direito e na sua argumentação, não há que se falar em subjetividade.

Diante o exposto, vislumbra-se que, apesar de ser praticamente impossível falar-se de uma única Decisão Objetiva, é possível falar-se de uma ou mais decisões, corretamente fundamentadas, que apesar de contraditórias encontram ambas em suas áreas de fundamentação

Visualizada a ideia de que o Efeito Rashomon pode incidir em diversas questões e lides processuais passa-se a seguinte a análise de dois casos práticos onde é possível visualizar o Efeito, apresentado principalmente pela ótica narrativa e argumentativa das “partes” nas referidas questões.

#### **4.1.1 Efeito Rashomon e a Vaquejada**

A exemplo de caso prático que pode ser explorado, ambos os pontos de vistas apresentam verdades fortemente embasadas é o da Vaquejada.

Apesar de já superado as questões legais acerca da constitucionalidade ou não do evento, o ponto de discussão ainda prevalece dentro do direito brasileiro, mais especificamente entre os juristas a favor da defesa e proteção ambiental, qual seja o direito dos animais; e aqueles que visualizam no evento uma forma de manifestação cultural.

Dito isto, a Vaquejada é um evento muito comum dentro da cultura da região nordeste do país, bem como de grande parte da região norte. Ademais é preciso salientar que a prática da Vaquejada foi considerada patrimônio cultural pelo advento da Lei 13.364/2016, bem como, após a polemica em torno do assunto, passou a possuir regulamentação própria através da Associação Brasileira da Vaquejada.

Em que pese a problemática da discussão acerca da Vaquejada e, em que pese, a forma como o Efeito Rashomon se demonstra na questão se encontrava dentro do conflito entre a Constituição Federal, e uma Lei Estadual do Estado do Ceará.

Primeiramente, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta frente ao Supremo Tribunal Federal, senão vejamos o dito nos primeiros artigos da Lei Estadual 15.299/13:

Art. 1º Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art. 2º Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

Além de conceituar o evento, a lei na forma de seu art.4 em diante estabeleceu algumas formas de segurança da prática do desporto, como o transporte e os meios necessários para garantir a segurança dos públicos, dos vaqueiros e dos animais.

Apesar da vigência da Lei Estadual, o argumento usado para que fosse auferida a inconstitucionalidade da prática da Vaquejada residia na forma do antigo artigo 225, § 1º, inciso VII. Senão Vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A antiga redação do inciso VII do art.255 da CF entrava em conflito direto com outro artigo da carta magna. Em que pese o art.215 que afirma: “O Estado garantirá a todos o pleno o exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Diante o exposto, o STF tinha difícil questão a decidir (casos difíceis) não havia lacunas normativas, tão pouco texturas abertas. Os pontos de vistas, controversos, demonstravam de fato um resultado inconclusivo para o cerne da questão. Ao final de toda problemática, o relator, qual seja o Ministro Dias Toffoli proferiu a seguinte passagem:

Não se pode admitir o tratamento cruel aos animais. Há que se salientar haver elementos que se distingue a vaquejada da farra do boi. Não é uma farra, como no caso da farra do boi, é um esporte e um evento cultural. Não há que se falar em atividade paralela ao Estado, atividade subversiva ou clandestina. Não há prova cabal que os animais sejam vítimas de abusos ou maus-tratos

Destarte a decisão final ter sido a favor da Vaquejada como meio de manifestação cultural resguardada pela constituição é possível analisar alguns pontos da crítica feita por André Portugal.

Diante disto, a antinomia constitucional é cristalina, ao passo que há um evidente argumento de direito a cultura contra o direito de proteção da fauna e da flora. O argumento da primeira parte é que o evento da Vaquejada gera não só turismo como também movimenta o capital de determinadas regiões do país. Por sua vez, aqueles que são contra o evento da Vaquejada gera maus-tratos animais tanto aos bois utilizados nos rodeios como também aos animais de montaria e outros animais presentes no evento.

Tal antinomia parte de um ponto de vista democrático sob a questão, a existência de tal antítese entre os argumentos expressos afirma a existência do Efeito Rashomon na presente questão.

#### **4.1.2 Efeito Rashomon e o Princípio da Bagatela**

O segundo caso prático, desta vez, de ordem penal, trata-se do instituto do princípio da bagatela e como sua existência pode ir de encontro com o princípio da aplicação da Lei Penal.

Como conceito de Bagatela trata-se de objeto de pouco valor ou insignificante, contudo de necessidade básica. Usa-se como exemplo uma saca de arroz; para um comerciante que possui um estoque de sacas de arroz para venda, uma única saca é um item de valor insignificante, contudo, para algum indivíduo que esteja passando fome ou precisando alimentar sua família uma saca de arroz é um objeto de desejo.

Em que pese, o princípio da Bagatela ou insignificância como denominado por alguns operadores do Direito é aquele pelo qual é possível retirar a atipicidade de conduta cometida visto que o bem jurídico tutelado na questão pode ser considerado uma bagatela. Segundo a seguinte jurisprudência:

O princípio da insignificância pode ser conceituado como aquele que permite desconsiderar-se a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, afastadas do campo da reprovabilidade, a ponto de não merecerem maior significado aos

termos da norma penal, emergindo, pois, a completa falta de juízo de reprovação penal (TACrim-SP, Apelação n 1.044.8895, Rel. Breno Guimarães, 21-09-97)

É de se ressaltar que o Princípio da Bagatela não se encontra em qualquer legislação específica, se apoiando em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, apesar deste ponto, os juristas como Fernando Capez e Luis Regis Prado atrelam a existência do Princípio da Bagatela ao da mínima intervenção penal:

(...)originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal (CAPEZ,2011, p. 29)

O princípio da mínima intervenção ressalta a importância do uso do direito penal como a *ultima ratio*, isto é, deve ser usada como último recurso para proteger o bem jurídico tutelado.

Tendo isso em mente, o princípio da insignificância passou a ser adotado pelo Juiz como um meio interpretativo, de cada caso. Pela falta de tipologia legal, o princípio da bagatela recebeu certos critérios para que pudesse ser adotado: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Sobre a inexpressividade da lesão jurídica, Florenzano em seu artigo faz importante apontamento:

O grau de lesão do bem jurídico protegido é o principal ponto de preocupação no que se refere ao Princípio da Insignificância, posto que não se deve ocupar o Direito Penal com assuntos de somenos importância em que nada prejudicam o bem jurídico tutelado. Portanto, deve existir a análise específica sobre até que ponto a lesão ou o perigo de lesão configura o injusto penal dentro da tipicidade(...) (FLORENZO, 2018, p.114)

Em que pese a crítica ao princípio da insignificância é que este padece de uma terminologia precisa, tendo ele se baseado inteiramente em fragmentos do Direito Penal para sustentar sua existência.



Ademais, onde encontra-se a incidência do Efeito Rashomon em casos do uso do Princípio da Bagatela? Destarte o entendimento majoritário da doutrina brasileira na especificação do uso do princípio, um juiz que decidisse aplicar a pena *ibis literis* como descrita no tipo penal, estaria proferindo uma sentença errônea?

Ao passo que o princípio de Bagatela proporciona a aplicação de penas alternativas, a expressividade legal não necessariamente precisa ser abandonada.

Em suma um Juiz de cunho garantista, através do uso do princípio do livre convencimento motivado pode valer-se do uso do Princípio da Bagatela ao julgar um caso de furto; em contrapartida um Juiz de cunho punitivista pode, através do uso do mesmo princípio, aplicar a pena descrita no preceito secundário do tipo penal em seu grau mínimo.

Acerca da ideia, Florenzo aduz:

Uma infração ser de menor potencial ofensivo não basta para caracterizá-la como insignificante, pois em alguns casos, como os delitos de lesão corporal leve, ameaça e injúria, apesar de possuírem menor potencial ofensivo, foram valorados pelo Legislador que determinaram as consequências jurídico penais para os infratores, assim como as sanções correspondentes. Apesar de serem de somenos importância ao se compararem com outras infrações, ainda possuem sua relevância social e penal, devendo ser julgadas não apenas pela consideração do bem juridicamente atingido, mas pela extensão da lesão produzida (FLORENZO, 2018. p.117)

É de se ponderar que, em um sistema complexo como o Direito, principalmente o Brasileiro, pautado no *civil law*, um princípio não tipificado, tendo sua existência permeadas por fragmentos legislativos ser usado em detrimento da norma tipificada escrita é curioso.

Não há argumentos que afirmem como reprovável o entendimento de um Juiz ao não considerar a aplicação do princípio da bagatela e optar por julgar o caso conforme delimita a legislação específica.

O advogado do agente possui a ótica da aplicação do princípio, o promotor poderá buscar dentro da lei e dos autos processuais, os argumentos necessários para instituir sua ótica e assim, condenar o agente conforme a pena prevista. A multiplicidade de visões possíveis para o presente caso nada

mais é do que a presença do Efeito Rashomon. Uma vez que as óticas apresentadas, apesar de contraditórias, possuem fundamento plausível dentro do meio jurídico, é possível chegar a resultados distintos para as questões referentes ao princípio da bagatela.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, uma vez analisado a teoria Dworkiana do Direito como Integridade e entendida as críticas feitas, em especial, por André Portugal (2017), é possível chegar-se à conclusão de que a teoria de Dworkin, apesar de incisiva e de extrema importância para o Direito, seja ele da vertente *common law* ou da *civil law*, não está livre de críticas, ao passo que as críticas apresentadas por Portugal (2017) encontram fundamento no próprio texto do jurista americano.

É possível vislumbrar que a questão de uma “Única Resposta Correta” fica tão somente no campo teórico, uma vez que, apresentadas os pontos como a incompletude do sistema jurídico como um todo e a falha na criação do Juiz Hercules, Dworkin deixa de se embasar em um campo prático jurídico.

O Efeito Rashomon sugere a existência da pluralidade do pensamento jurídico, não há como firmar com 100% de certeza a existência de uma única verdade (resposta) se a existência de inúmeras verdades e/ou inverdades é possível. Uma vez que o Efeito Rashomon parece está presente no cerne dos casos difíceis, a teoria de uma única resposta correta deve ser revisada. Afinal, o Juiz decidirá conforme as teses apresentadas pelas partes e através do seu convencimento motivado à luz, por exemplo, de cânones hermenêuticos, princípios e padrões expressos como institutos legais, chegando a conclusão que a resposta da parte vencida não necessariamente está errada, ela tão somente pode não estar correta na ótica do julgador que está a frente da questão.

A pluralidade de respostas possíveis para os casos difíceis faz frente a necessidade do Magistrado de entender a teoria da decisão, resguardando sua decisão em um plano no qual possa mitigar o máximo possível da subjetividade para que decida de maneira objetiva, não se valendo de valores utópicos como o do Juiz Hercules, mas da existência do direito como um sistema que está em constante mudança e que precisa a todo tempo ser integrado.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKUTAGAWA, Ryunosuke. **Rashomon e outros contos**. Tradução Madalena Hashimoto Cordaro e Junko Ota. São Paulo: Hedra, 2008

BRASIL (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.29.

CRISTOVAM, José S.S. **O problema da discricionariedade judicial: existe uma única resposta correta para casos difíceis?** 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20582/o-problema-da-discricionariedade-judicial>

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado)

DWORKIN, Ronald. **Levando dos direitos a sério**. 3 ed. São Paulo, editora Martins Fontes, 2020. p.127-204

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo, editora Martins Fontes, 2001. p.175-189

FLORENZANO, Fernando W. G. **O princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro**. Revista direito em movimento online, vol.16, 2018. Disponível em:[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume16\\_numero1/volume16\\_numero1\\_110.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero1/volume16_numero1_110.pdf)

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

LEI N 15.299. **Regulamenta a vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará**. 2013: <https://bela.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>

MEISTER, Luiz F. C. **Rashomon: a morte do samurai e seus efeitos no Direito.** 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/25/rashomon-a-morte-do-samurai-e-seus-efeitos-no-direito>

MENDES, Rodolfo. **Vaquejada: Manifestação cultural ou maus tratos a animais?**2017.Disponível:<https://chelios.jusbrasil.com.br/artigos/465527481/vaquejada-manifestacao-cultural-ou-maus-tratos-a-animais>

MOREIRA, L. A; MAYRINK, R. R. **Breves apontamentos sobre a filosofia de Ronald Dworkin e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.** 2013. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9955f2f0e7f1f481>

NETO, Bianor Arruda Bezerra. **Teoria da decisão e segurança jurídicos: hermenêutica e argumentação no novo cpc.** Puc-Sp, 2015.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009. p. 59-60

PORTUGAL, André. **Decisão Judicial e Racionalidade: Crítica a Ronald Dworkin.** 1.ed. Porto Alegre, 2017. p. 46-116

PORTUGAL, André. **Obra do filósofo Ronald Dworkin é gigante, mas possui falhas.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/andre-portugal-obra-ronald-dworkin-gigante-maspossui-falhas>

PRADO, Esther Regina C. L. **Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o direito como integridade.** 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/os-metodos-interpretativos-de-ronald-dworkin-e-o-direito-como>

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TACrim-SP, Apelação n 1.044.8895, Rel. Breno Guimarães, 21-09-97