

O recurso extraordinário nº 608.482 lido a partir da perspectiva hermenêutica de Ronald Dworkin

*Juliane Altmann Berwig*¹

1 Introdução

O presente texto inicia a abordagem da decisão do STF fundamentada na visão de Ronald Dworkin. Ou seja, qual seria a decisão ou o fundamento desta, diante dos votos apresentados pelos Ministros participantes da decisão na visão da teoria de Dworkin.

Para tanto, para construir o artigo utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como metodologia de abordagem no contexto do caso judicial e o fenomenológico-hermenêutico como alinhamento metodológico (OLIVEIRA, 2015). Por este método não se fará uma análise apartada, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos, mas sim o pesquisador como diretamente implicado, pois obviamente relacionado, com o objeto de estudo, o

¹ Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo Programa de Excelência Acadêmica (Proex). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora no curso de Direito da Universidade FEEVALE. Pesquisadora na área Ambiental com ênfase na Teoria do Risco e Nanotecnologia. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial AGAAE. Autora do livro *Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo*.

qual interage com ele e sofre as consequências dos resultados da pesquisa. Quanto ao significado do fenômeno, esta constatação receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, além do tratamento jurídico que é dado à matéria pelo Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. Heidegger menciona que a fenomenologia significa “deixar fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo” (HEIDEGGER, 2002, p. 65).

Quanto ao termo fenomenologia, este se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos trata do aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Conforme os ensinamentos de Heidegger (HEIDEGGER, 2002), a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. Assim, dentro do conceito fenomenológico de fenômeno está o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser e o método se determina a partir da coisa mesma, no movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido às descobertas do investigador diretamente implicado.

Na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão das leituras, principalmente a partir da visão de Ronald Dworkin, constituindo-se uma análise e interpretação deste e do julgamento do STF, objetivando com isso uma nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo.

Portanto, no artigo, utiliza-se, assim, dos possíveis fundamentos que poderiam ser extraídos da Teoria de Ronald Dworkin para uma melhor decisão. E, como hipótese de solução do problema apresentado, se parte da análise evolutiva da teoria de

Dworkin, sua consistência na metáfora do romance em cadeia, bem como na integridade e coerência. Objetivando-se demonstrar as mais variadas formas de decisão judicial e de como estas decisões precisam se fundamentar em regras ou princípios e, contextualizadas com as questões morais e políticas da sociedade em que se relacionam e impactam.

Ao final, realizar-se-á a conexão entre os principais votos da decisão de acordo com a visão de Ronald Dworkin para assim demonstrar e concluir se a decisão foi a melhor decisão, ou em que fundamento uma melhor decisão poderia se dar. Neste sentido, os aspectos do pensamento de Dworkin que serão examinados e cotejados com a decisão judicial serão o Romance em Cadeia, a integridade, a coerência, a questão moral e principiológica relacionada ao contexto social em que a decisão foi proferida.

2 Teoria de Ronald Dworkin

A teoria formulada por Dworkin reflete o movimento de aproximação entre a teoria do direito e a filosofia, especialmente com a filosofia da linguagem, da moral e da política. Esse diálogo entre as disciplinas supostamente distintas trouxe importantes desafios aos juristas. Neste viés, a aproximação com a filosofia tornou o debate jurídico mais técnico, hermético e sofisticado. Permitindo também que as questões clássicas da Teoria do Direito (a teoria e os princípios) fossem reapreciados sob novas perspectivas. O argumento de Dworkin é assim de um “direito como um conceito interpretativo” e constitui numa das grandes contribuições introduzidas pelo filósofo ao debate metodológico-jurídico (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 12-13).

No livro “Levando os Diretos à Sério”, o autor deixa claro que as ideias jurídicas nunca são somente jurídicas. Quando você incorpora uma ideia ou um ideal está congregado um ideal político também, que, nesta teoria é o liberalismo. Neste sentido, Dworkin ressalta que sua teoria é sobre “o que o direito é” e “o que ele deve

ser”. Ou seja, como ele deve ser interpretado, os conteúdos que deve ter, procedimentos e posições (DWORKIN, 2002, p. VII).

Sobre o que é o Direito, Dworkin explana ser o positivismo a teoria dominante, sendo a estratégia utilizada para definir do que é juridicamente válido e sustentável numa regra. Todavia, este positivismo é antiliberal, pois a estratégia é de restrição, baseando-se apenas em direitos juridicamente formulados, sem apreciação moral das leis. Portanto, ela é uma má teoria liberal do Direito, pois não respeita os direitos pré-existentes (DWORKIN, 2002, p. XIII). No positivismo jurídico de Herbert HART somente a regra de reconhecimento serve para fornecer critérios para identificação das regras válidas (HART, 1986).

Como o direito deveria ser, o modo como as instituições jurídicas deveriam comportar-se. Essa é a teoria do utilitarismo, o qual sustenta que o Direito deveria estar à serviço do bem-estar geral, do que é bom ou justo para um maior número de pessoas. Gerando assim, a maximização do justo e do bom. Defeito desta teoria é que ela rejeita a ideia de que direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos. Ou seja, que os cidadãos não possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja aquela que ela não atende o bem-estar geral. Assim, esta teoria não respeita que os indivíduos têm determinados direitos que, estes direitos são anteriores ao que a lei lhes confere. São os Direitos Naturais e que não estão definidos na lei e nem na convenção, são anteriores a todos estes (DWORKIN, 2002, p. VIII).

Portanto, Dworkin acredita que esta teoria não é capaz de sustentar os direitos. Entende que o Direito são proteções que as pessoas têm contra o interesse dos demais. Mesmo que a sociedade pense que o direito é bom para a maioria, determinada pessoa pode não estar nesta maioria, e mesmo que não esteja o Direito deve protegê-la porque ao contrário seria considerado juridicamente inaceitável. Assim, o Utilitarismo é uma má teoria liberal da legislação.

Os direitos individuais são, portanto, trunfos políticos assegurados aos indivíduos. Ao contrário o positivismo defende que os indivíduos têm apenas direitos jurídicos. Direitos criados por decisões políticas ou por práticas sociais expressas. Portanto, na concepção do Dworkin o direito protege os indivíduos contra um direito utilitarista (DWORKIN, 2002, p. XIV).

Em “Modelo de Regras I” o autor explana que o positivismo trabalha com três teses, mas ressalta que estas não resumem a teoria, mas sim no que se referem aos direitos e obrigações. Assim, o autor objetiva determinar os três pontos que devem ser refutados pela Teoria Liberal. O primeiro deles é de que só existem direitos e obrigações quando criados por regras, portanto o positivismo não reconhece a existência de direitos pré-existentes. O segundo ponto defendido pelo positivismo é o de que as regras são somente produzidas por fonte autorizada. Devem assim, passar pelo teste do “*pedigree*”,² em que não se reconhece a validade da regra a partir do seu conteúdo, mas sim a partir da autoridade criadora. O terceiro é que os juízes devem decidir os casos a partir do teste de *pedigree* quando encaram casos no âmbito das regras mediante a aplicação mecânica destas. Mas aos casos que ultrapassam as regras estes são indeterminados juridicamente. E, nestes casos, o juiz pode decidir discricionariamente, dentre as vagas alternativas, sem que ele esteja juridicamente obrigado a preferir uma tese à outra (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

Diante destes pontos, Dworkin esclarece que o Positivismo ofende a tese dos direitos, a tese de que os direitos têm direitos pré-existentes que não dependem da legislação positivada. Normas de natureza social e moral que não foram produzidas por fontes autorizadas. Assim, nos casos em que se decidem pela

² Neste sentido, o autor cita o exemplo da velocidade máxima permitida em certa estrada que poderia ser de 60km/h. Ao verificar esta velocidade a pergunta que deve insurgir é: se é razoável a velocidade determinada? O autor dirá que não, pois o positivismo prega o teste de pedigree que induz a pergunta: De onde a lei emana? Se de fonte autorizada, ela é uma lei válida. Assim, caso contrário, mesmo que seja justa a regra ela é injustamente inexistente. Critério que determina quando uma regra é válida ou inválida.

discrecionariiedade não existe um direito pré-existente a ser protegido, somente há um Direito após a decisão judicial (DWORKIN, 2002, p. XV).

Todavia, apesar da tese do positivismo, em determinados casos concretos, os juízes apelam para outro padrão de normas que são os princípios e que não passaram pelo *teste de pedigree*. Além disso, concepções de discrecionariiedade fornecem outro argumento, o engajamento ao ofício de decidir um caso, pressupondo a existência de uma resposta correta.

Neste sentido Streck explica a tese de Dworkin mencionando que ele “contrói a tese da resposta correta, mostrando que sempre existe uma resposta correta” “mesmo nos casos difíceis”. Ou seja, uma resposta correta superior às outras e baseada em algo. Este algo, no entendimento Dworkiniano é um critério jurídico de decisão superior e que contempla melhor os direitos que os sujeitos têm, além das regras criadas. O autor assim fundamenta que “o direito é um sistema não só de regras, mas de regras e princípios”, servindo assim, os princípios para resolver os casos denominados como difíceis (STRECK, 2017, p. 18).

Para isso, cita dois exemplos de casos em que os juízes decidiram de maneira diversa a legislação ou quando esta inexistia os casos Riggs contra Palmer e Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.³

³ 1. Caso Riggs x Palmer – neto assassinou o avô porque o avô fez um testamento no seu nome, e não havia regra que proibisse que o herdeiro que assassino não possa herdar. Os juízes decidiram que ele não poderia receber a herança, ao justificar eles apelaram para a razão do princípio amplamente conhecido “ninguém pode se beneficiar dos próprios crimes”. As regras autorizavam que ele recebesse não e havia “lacuna”, espaço de penumbra. Mas, os juízes entenderam que o caso era moralmente inaceitável. (DWORKIN, 2010, p. 37)

2. Caso Henningsen vs. Bloomfield Motors inc.– trabalhador comprou automóvel que tinha defeito, fazendo com que alguns dispositivos não funcionassem em uma certa velocidade, ele acabou colidindo contra um caminhão e teve lesões sérias. Processou as empresas que (vendedora e a que produziu o veículo) requerendo seu ressarcimento. Ambas tinham um contrato que previa as hipóteses de responsabilidade das empresas, sendo estas somente quando houvesse problemas na peça e que as empresas teriam responsabilidade pela troca das peças, mas não pelos danos advindos dos defeitos das peças. Neste caso, embora as regras do contrato mencionavam que não havia direito a indenização, o julgador decidiu, que as empresas tinham responsabilidade com base na razão de que “fabricantes de produtos que possuem riscos e por isso devem assumir uma responsabilidade

A partir dos exemplos, Dworkin conclui que: i) mesmo que nos casos que havia regras claras, não foi o que a regra dizia que levou a decisão dos juízes; ii) as decisões não foram arbitrárias, foram fundamentadas em fundamentos jurídicos; iii) estes fundamentos jurídicos não eram regras, eram fundamento em princípios (DWORKIN, 2010b). Tal conclusão novamente retorna a sua ideia inicial quanto as deficiências do positivismo na tarefa de decidir pela decisão mais correta de acordo com o contexto social e moral.

Para tanto, explica que as regras se distinguem de princípio através do modo de aplicação. As regras são aplicadas em determinado padrão, elas se encaixam ou não em determinado caso concreto (DWORKIN, 2010b, p. 39). Princípios são aplicados em outra lógica, em outro âmbito de incidência, a partir de um centro gravitacional. Utilizam-se da lógica de mais e menos. Todavia, apesar de fornecer razões para decidir, elas não são conclusivas, é preciso ver quais outras circunstâncias estão presentes no caso, quais outros princípios vão incidir e tem mais ou menos peso (DWORKIN, 2010b, p. 42).

Assim, se existe esta distinção e ambos são jurídicos. Existem casos em que os juízes usam os princípios, logo, uma teoria que utiliza somente as regras é uma teoria incompleta. No mesmo sentido, os princípios usados pelos juízes não passaram pelo teste de *pedigree* e sim tem seu peso na moral. Isso prova que existem normas jurídicas válidas que não passam pelo teste de *pedigree*. Logo, não existe teste que revele todas as regras existentes numa sociedade. Além disso, se o direito se limitasse as regras, nos casos que não caem na regra os juízes poderiam decidir discricionariamente, ainda assim, seriam cobertos por princípios. De modo, todos os casos são cobertos por algum fundamento jurídico. Dworkin assim, elimina as três teses do positivismo e

especial". Responsabilidade que ultrapassa a cláusula do contrato, porque ela não contemplava a responsabilidade especial como deste caso. Assim, o Judiciário tomou a decisão com base num princípio mesmo que as regras fossem claras. (DWORKIN, 2010, p. 38-39)

assim conclui pela defesa da teoria liberal do direito (DWORKIN, 2010b, p. 42).

Viu-se, portanto, que Ronald Dworkin critica o positivismo diante do seu sistema defendido sob as regras, demonstrando com dois casos práticos que este sistema não é o melhor. Já percebido que em casos os juízes decidiram não pelas regras e sim por fundamento de Direito, seja ele um direito pré-existente ou fundado em princípios sobre o viés moral da sociedade em seu contexto temporal.

Para melhor compreensão da Teoria de Ronald Dworkin, faz-se importante abordar brevemente a sua ideia sobre o Romance em Cadeira e a sua defesa sobre a integridade e coerência, para ao final contrapor a sua ideia com o Recurso Extraordinário analisado neste artigo.

2.1 Romance em Cadeira

Dworkin prega a compreensão do direito como uma prática social interpretativa e, neste sentido, são importantes: a formulação da interpretação construtiva e a ideia do romance em cadeia (SGARBI, 2006, p. 182-183). Ou seja, o autor considera a interpretação jurídica como uma atividade geral, operada de igual forma em outros contextos. Assim, ele utiliza a metáfora do romance em cadeia, ou seja, a interpretação literária como modelo para o modo central da análise jurídica (DWORKIN, 2005, p. 220-221).

Propõe assim um exercício literário: cada romancista deverá criar um capítulo subsequente de uma obra coletiva, assumindo com seriedade a responsabilidade de criar, o quanto possível, um romance único integrado. Deste modo, o ponto a ser provado é o de que decidir casos controversos no Direito é semelhante como esse estranho exercício literário (MOTTA, 2012, p. 101). A justificativa está no fato de que a interpretação de uma obra de arte se faz a partir de certas crenças sobre a identidade da obra de arte

(sabe-se que a obra de arte é a mesma e não uma nova). Interpretar um texto artístico é revelá-lo de maneira que melhor exponha a obra de arte (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Assim, o romance em cadeia é a expressão utilizada por Dworkin para se referir à complexa situação do intérprete no momento de aplicar uma norma a qual não é autor, situação que se agrava nos casos mencionados como difíceis (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Diante disso, ele estabelece duas formas para pôr em prova a técnica, quais sejam: 1) a adequação e 2) a interpretação. Por adequação, entende a atividade de continuar o romance que deve fluir ao longo de todo o texto. Já a interpretação corresponde à exigência de se selecionar, das muitas leituras possíveis a se empreender no romance, qual delas se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão (DWORKIN, 1999, p. 277).

Portanto, a tarefa do novelista é continuar a escrever de uma primeira parte deixada pronta depois do trabalho de continuidade empreendido por várias pessoas, assim, sua função é sempre interpretar qual é o argumento segundo suas próprias convicções com vistas a encontrar o sentido unitário dos escritos que o precedem. Logo, o novelista em cadeia deve proceder à leitura dos capítulos anteriores com o pensamento de os escritores terem o desejo de escrever uma mesma história, pois os fragmentos deixados devem inspirá-lo (SGARBI, 2006, p. 182-183). Cada romancista (jurista) tem o dever de interpretar e criar, relendo e interpretando o que já foi escrito e decidir a partir destes os motivos orientadores o propósito, conduzindo o romance para uma determinada direção (DWORKIN, 2005, p. 236-237).

Com isso, Dworkin transporta o modelo do romance em cadeia para o campo jurídico, e defende que é esse o papel do juiz ao apreciar um caso difícil, pois se parece com esse jogo literário (SGARBI, 2006, p. 182-183). Na questão jurídica, o argumento reconhecido ocorre quando “regras e princípios de Direito

“subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre a matéria semelhante” (DWORKIN, 2005, p. 238). Isso induz a firmar os critérios de coerência textual ou consistência narrativa que deve estar presente na interpretação jurídica (SGARBI, 2006, p. 182-183). Ou seja, como um escritor literário, os julgadores e legisladores devem verificar o que já foi construído sobre determinada questão e a partir desta vincular aos novos contextos e conduzir para a atualidade.

Com destaque, os juízes quando encarregados de julgar devem escolher o representante inicial, ou seja, optar pela melhor prática passada, realizando a melhor leitura desta e após dar continuidade. Assim, como último romancista da cadeia, o juiz não deve simplesmente reproduzir decisões, criar direitos, muito menos criar decisões sem fundamento, ele deve ser consciencioso da unidade a qual sua tarefa está inserida (SGARBI, 2006, p. 182-183).

Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem responsabilidade de levar adiante a incumbência de que tem em mãos e não partir de uma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

O argumento central é o de que o juiz, assumindo o seu papel de um romancista na corrente deve ler o que os outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente. Ou seja, como cada um deles formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Nesses termos ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um parceiro de um completo empreendimento em cadeia. As inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas, fazem parte da história, sendo o seu trabalho continuar a história no futuro por

meio do que faz agora. Para levar adiante o que tem em mãos, o juiz deverá interpretar o que aconteceu antes e determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, que deverão ser tomadas como um todo, o que significará o propósito ou tema da prática até então (MOTTA, 2012, p. 102).

Para a aplicação desta tese é importante compreender a ideia de coerência defendida pelo autor, como elemento necessário a concretização do chamado “Romance em Cadeia”, um caráter formal relacionado a integridade e coerência e um caráter substantivo referente ao valor (MOTTA, 2012, p. 102).

2.2 Coerência

Para a concretização do Romance em Cadeia é necessária uma “interpretação plausível” “que deve passar por um teste de suas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor”. Assim, o valor no Direito está relacionado a um empreendimento político objetivando coordenar o esforço social e individual, assegurando a justiça entre os cidadãos e seu governo (DWORKIN, 2005, p. 239).

Para Dworkin, a coerência é a essência do sistema legal, confere legalidade a um dispositivo e permite acesso ao que existe no Direito. Ela é a chave que abre a porta para a sempre existente resposta correta nos casos difíceis. Desta maneira, não é só um argumento a favor da plausibilidade de certas soluções interpretativas, mas também um método para identificar todos os elementos do direito e definir as relações existentes entre eles (RODRIGUES, 2005, p. 44).

Portanto, a coerência é algo pré-existente e que o intérprete deve tentar reconstruir (RODRIGUES, 2005, p. 45). Ou seja, coerência diz respeito à fidelidade não apenas às regras, mas às teorias de equanimidade e justiça que pressupõem as regras (DWORKIN, 1999, p. 225). Desta maneira, os juízes devem observar além de uma coerência de estratégia, uma coerência de

princípio, dado que as normas sejam interpretadas e as decisões judiciais sejam moldadas em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos (RODRIGUES, 2005, p. 45). Assim, os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos devem ser coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça (MOTTA, 2010, p. 103).

Como consequência, a norma legal contribui, de forma positiva, para a coerência de um sistema legal, se os seus conteúdos representam meios para alcançar os objetivos deste sistema. Logo, a coerência do direito, está relacionada com a capacidade de suas normas perpetrarem sentido em relação aos seus princípios (RODRIGUES, 2005, p. 43).

Por outro lado, no que diz respeito ao papel do julgador, a coerência é fruto da reconstituição interpretativa efetuada por este, que, ao decidir um caso concreto, deve considerar o direito como um todo coerente e coeso. Mas importa ressaltar que, a coerência apesar de capturar o tom lógico da consistência, permite outros critérios de certo e errado, como quando decisões antigas estão equivocadas. Assim, um argumento a favor da conservação de um precedente é tão bom quanto ao de reformá-lo quando equivocado (GUEST, 2010, p. 47).

A coerência exerce um papel central no pensamento de Dworkin associada à integridade. A integridade é um valor político fundamental da comunidade, enquanto a coerência aparece como uma especificação da integridade, uma forma de assegurar que a decisão, seja do juiz, seja do legislador, é a melhor possível. Para tanto, estas decisões devem inserir-se de forma harmoniosa na história da comunidade, os precedentes relevantes e os materiais normativos existentes (RODRIGUES, 2005, p. 49).

Objetivando trazer a ideia de coerência de Ronald Dworkin para a realidade processual no Brasil, o Art. 926 do Novo Código de Processo Civil⁴ o qual obteve importantes contribuições e

⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 10 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os

fundamentos de Streck para sua elaboração e entrada em vigor. O autor menciona que a “coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo” (STRECK, 2016). Isso, demonstra a importância da teoria de Dworkin no que diz respeito a integridade e coerência na realidade processual contemporânea.

Portanto, em resumo, o critério de validade do direito é a sua coerência. A coerência na cadeia de Direito satisfaz o princípio da segurança do Direito e, ao mesmo tempo, satisfaz o requisito da legitimidade do Direito. Portanto, a justificação para a decisão do juiz é a sua coerência com a história reconstruída do Direito existente.

Uma narrativa jurídica coerente demanda consistência entre os princípios e as decisões políticas passadas e também consistência entre as convicções morais do juiz e os princípios éticos gerais. A falta de coerência comprometeria a ideia de integridade, a qual qualifica a noção de Direito de Dworkin.

2.3 Integridade

Dworkin não vê uma relação de oposição entre regras e princípios, na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como completeza, como integridade e a partir de uma prática interpretativa.

A integridade, na visão de Streck sobre Dworkin é a “virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras)”. Essa integridade, portanto, se manifesta na “coerência principiológica

na lei, na Constituição e na jurisprudência” (STRECK, 2016). O autor, estudado, define assim que:

O direito com integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados ao passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados pra o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade, rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (DWORKIN, 1999, p. 71).

A integridade é a mais importante virtude moral na esfera política. Assim, para Dworkin a relação entre integridade e o ideal de igualdade é essencial. Parte de uma visão única em que o Direito deve demonstrar o Estado tratando seus governados como iguais (GUEST, 2010, p. 48). Menciona Streck que: “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana” (STRECK, 2016).

O autor sustenta que qualquer teoria do direito que se preze deve fornecer uma base para o dever judicial, de modo que os princípios devem tentar justificar as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras. Em outras palavras, o jurista precisa identificar nos princípios o sentido das regras (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Direito como integridade para Dworkin quer dizer as pessoas terem direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Ou seja:

Já a *integridade* é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, *que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido*. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade (STRECK, 2014).

Trata-se, nesta via, de compreender o direito como totalidade. Como completeza sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Dworkin parte do pressuposto de que a integridade política, entendida como necessidade que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos. Para estender a cada um dos padrões fundamentais de justiça e equanimidade ⁵ que usa para alguns é uma virtude política – tanto quanto a justiça e a equanimidade – diga-se, uma exigência específica da moralidade política de um Estado (personificado como agente moral) que deve tratar os indivíduos com igual consideração e respeito (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Para sustentar essa visão, Dworkin apresenta justificativas de ordem distintas, demonstrando não só que a integridade (como ideal político) se adapta e explica as características da nossa

⁵ O termo equanimidade é considerado mais adequado do que o termo equidade, utilizado nas traduções brasileiras de Ronald Dworkin, assim não seria fidedigno traduzir o termo inglês *fairness* por equidade e sim por equanimidade, afim de marcar o quadro (não-aristotélico) em que a Teoria da Justiça de Rawls bem como, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin foram elaboradas. O termo assume uma concepção procedimentalista e não substancialista. (PEDRON, 2009, p. 127-137)

estrutura e prática constitucional, como também, que é uma boa forma de legitimação política, fundada na fraternidade. Ele defende a noção de que a sociedade integra uma comunidade de princípios, uma forma especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coletiva (MOTTA, 2010, p. 103-104).

Dworkin argumenta que a compreensão da integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das nossas práticas jurídicas distintas (DWORKIN, 1999, p. 260). Conquanto, admite que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Sugere, assim que, consideremos este fato um defeito e não como o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião. De modo que a tarefa (enquanto operadores do direito) passa ser a de se empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípios com as quais se venha a se deparar (MOTTA, 2010, p. 106).

Ou seja, o dever do juízo é interpretar a histórica jurídica que encontra, não inventar uma história melhor, é seu dever atender a alguma concepção de integridade e coerência do Direito como instituição. E, essa concepção irá limitar sua teoria operacional de ajuste, é dizer, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajusta-se ao direito anterior (MOTTA, 2010, p. 108).

Na verdade, ele parte de uma concepção de integridade que envolve obrigações e direitos recíprocos fundados em um sistema de princípios historicamente formado e assumido. De modo que a noção que fundamenta a sua teoria do direito não vem *a priori*: ela é socialmente construída. Tanto é assim, que, a integridade obviamente convive com a possibilidade (necessidade) de alteração de decisões anteriores, e esclarece que aí não estará em jogo uma escolha entre história e justiça (MOTTA, 2010, p. 109). Por conta disso, a decisão correta é aquela “que se amolda, coerentemente ao

direito que é tomado com um sistema íntegro constituído por uma moralidade política comum” (STRECK, 2014).

Neste fio, uma decisão judicial que quebre (corretamente) um precedente, estará apenas realizando uma conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de Direito político. Isso, na exata medida de que a decisão judicial nada mais faz do que tornar efetivos os direitos políticos já existentes (MOTTA, 2010, p. 109).

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exijam ou permitam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que estas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. No entanto, ainda que essa exigência honre a virtude política do devido processo legal, que seria violado pelo menos *prima facie* se as pessoas fossem julgadas segundo outras normas que não as normas jurídicas no momento, outros aspectos mais poderosos da moral política poderiam ter mais importância que essa exigência em circunstâncias particulares e excepcionais (DWORKIN, 1999, p. 263).

Em síntese uma instituição que aceite o ideal da integridade, exatamente por essa razão, deverá afastar-se da estrita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (MOTTA, 2010, p. 110).

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equanimidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-

se da estreita linha de decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 1999, p. 264).

A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia no início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental (DWORKIN, 1999, p. 265).

Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, suas normas públicas como um todo. (DWORKIN, 1999, p. 306) Streck assim ressalta que “uma decisão íntegra e coerente pressupõe a responsabilidade política do juiz e, por isso, poderá contrapor seus desejos pessoais” (STRECK, 2014).

Em suma, o direito pode não ser uma trama inconsútil – certamente não o é – mas o demandante tem o direito de pedir aos juízes que o trate como se fosse. O que Dworkin defende é que é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade (MOTTA, 2010, p. 111).

3 O caso Vanusa em uma possível perspectiva dworkiniana

No caso concreto entabulado no Recurso extraordinário, ficou claramente demonstrada a oposição dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso. O Ministro Lewandowski fundamentou seu voto principalmente na questão do procedimento legal previsto na Constituição Federal para ingresso em cargos públicos, o que seria superior a qualquer argumento de âmbito individual da candidata Vanusa. Logo, o núcleo do seu voto estaria fundado no artigo da Constituição e, por consequência no

princípio da igualdade, haja vista que todos precisam realizar o concurso para posse de cargo público. (BRASIL, STF).

Já o Ministro Barroso, realizou uma abordagem contextual, sob a aplicação do *princípio da proteção da confiança*, diante das expectativas legítimas para os cidadãos, concluindo assim pela concretização deste sob o viés de três pressupostos: (a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; e a (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. Neste sentido, o voto do Ministro foi construído sobre fundamento além do que a regra emana, além do texto Constitucional (Art.37⁶), pois diante do decurso do prazo de aproximadamente 12 anos e dos equívocos ocorridos no concurso, a aplicação “crua” da regra não se demonstraria como a melhor decisão.

Em resumo, objetivando desenhar o contraponto, o Ministro Barroso mencionou que haveria uma discussão entre o princípio da *proteção da confiança* e o *princípio da igualdade* que foi defendido pelo Ministro Lewandowski: a) o princípio teria “relevância no âmbito judicial, pois naturalmente decisões do Estado-juiz também podem gerar expectativas legítimas para os cidadãos” e devem ser protegidas estas expectativas legitimadas e criadas nos indivíduos pelo Estado. b) a existência de conflito do interesse privado ao público, bem como a necessidade de proteção do princípio da igualdade que iria estar ferido em caso de manutenção da recorrida no cargo ao procedimento exigido para a aprovação no concurso.

Portanto, utilizando-se da lógica do voto vencedor a aplicação do princípio da igualdade que exige à qualquer pessoa a

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

realização de concurso público para se investir de cargo público. Pois bem, no caso em questão Vanusa realizou o concurso, todavia, por equívoco do oficial foi reprovada na segunda Fase. Primeiro desacerto na relação jurídica construída. No que inclusive poder-se-ia apontar que o princípio da igualdade estaria ferido, pois prejudica por equívoco, logo desigualdade de condições para se manter na prova.

Posteriormente, Vanusa recorreu administrativamente requerendo a realização de contra-prova, justamente objetivando corrigir o primeiro equívoco cometido pelo Oficial. Todavia, a comissão julgadora negou o pedido formulado pela candidata, apesar de ter deferido o pedido para outro candidato em situação semelhante, ou seja, contestação sobre o resultado da prova física. Logo, o primeiro equívoco persistiu e inclusive violou novamente o princípio da igualdade em relação ao deferimento ao outro candidato para a realização da contra-prova.

Diante deste segundo equívoco, Vanusa ajuizou ação cautelar para se manter no concurso, a qual foi deferida. Entretanto, seguindo a lógica inicial, se houve desacerto na avaliação da segunda fase, a melhor decisão seria, invocando novamente o princípio da igualdade, dada a comprovação do equívoco, que ela pudesse repetir a prova física. Mas, a decisão foi por mantê-la no concurso para realização da Quarta Fase do concurso.

Verifica-se assim a ocorrência de equívocos jurídicos no curso do concurso, nas decisões administrativas e judiciais: i) equívoco do fiscal na contagem dos exercícios na prova física; ii) desacerto da comissão em não anular a prova física ou possibilitar a contra-prova à Vanusa, como foi ofertado ao outro candidato; iii) equívoco no pedido e decisão da cautelar que possibilitou Vanusa a realizar a Quarta Fase do Concurso, sem realizar a segunda e terceira;

Por esta via, apesar da previsão clara da Constitucional Federal sobre a obrigatoriedade de realização de concurso público para ser investido em cargo público, o caso em questão não se

encaixa na aplicação desta regra. Logo, em Streck reforça-se que não existe lei clara sem antes do fato:

A decisão certa desse evento se dará a partir da reconstrução institucional do direito, da coerência e da integridade. A decisão acerca do fenômeno não partirá de um grau zero e tampouco ocorrerá pelo acoplamento de um sentido previamente elaborado a um fato desnudo (STRECK, 2014b, p. 431).

No presente caso, os fatos ultrapassaram a previsão legal constitucional e por esta via objetivando-se a melhor decisão, a mais justa é preciso recorrer aos princípios, dentre eles o *princípio da igualdade* ou o da *proteção da confiança*. Ademais, estes princípios, como na teoria de Dworkin devem estar contextualizados a realidade da sociedade.

Diante destes votos opostos poder-se-ia realizar um comparativo com a tese alçada por Ronald Dworkin, especialmente utilizando-se do caso Riggs contra Palmer, em que claramente existia uma legislação e está não desautorizava o herdeiro a receber a herança. Todavia, o Tribunal decidiu de forma distinta com fundamento em algo que não estava previsto na regra, objetivando uma possível melhor decisão ao caso. Fundamentou-se o Tribunal em um princípio para concluir uma decisão mais justa diante do contexto apresentado.

No caso Vanusa, ocorreu de forma semelhante quando do voto do Ministro Barroso, todavia em razão da maioria dos votos a decisão preferida pelos Ministros foi a proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, fundamentada na regra e no princípio da igualdade. O voto do Ministro Barroso, fundamentado no *princípio da confiança*, pendeu para uma análise social e moral diante do decurso de mais de 12 anos desde a posse de Vanusa, do desacerto ocorrido na prova física, bem como da comprovação de sua aptidão física e psicológica anexadas aos autos. Além da prova do desempenho exemplar como profissional da polícia civil do Estado do Rio Grande do Norte.

Especificamente sobre os princípios Dworkin fundamenta que estes são sistematizados em uma lógica diversa das regras. Assim, numa questão de conflito, como no caso da Vanusa (igualdade x confiança) é necessário analisar quão importantes cada qual no caso em questão.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão, é uma parte importante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é (DWORKIN, 2002, p. 47).

Ora, no caso analisado, poder-se-ia apontar que o princípio da igualdade foi violado desde o indeferimento do recurso administrativo pela comissão julgadora do concurso. Neste sentido, Guilherme Valle de Brum menciona que “sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontram na mesma situação” (BRUM, 2014, p. 124-150).

Logo, mesmo que sabido a grande importância deste princípio no caso em questão o princípio da confiança teria mais força diante da recorrida ter recebido uma decisão liminar e duas de mérito favoráveis ao seu pedido.

Um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende (nem mesmo) estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita de uma decisão particular.

Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem força menor, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção (DWORKIN, 2002, p. 41).

Inclusive, conforme Engelmänn, em abordagem sobre Dworkin “os princípios possuem um suporte institucional no Direito, nos antecedentes preparatórios do Direito, nas práticas sociais estabelecidas” (ENGELMANN, 2001, p. 106). Portanto, a aplicação do princípio deve estar relacionada com a história legislativa e judicial.

Neste sentido, fundamentando no livro *O Império do Direito*, em que Dworkin trabalha com a ideia de que qualquer Teoria do Direito é, antes, uma interpretação acerca dessa prática social. A natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes. (GUEST, 2010, p. 07). Afirma o autor que:

[...] dizemos que a lei é uma coisa, e que outra bem diferente é o que os juízes farão com relação a ela; isso explica, parece-me, a atração imediata que exerce o lema positivista. Mas equivale a um grande exagero insistir, como fizeram os positivistas, em que as teorias sobre os fundamentos do direito não podem, absolutamente, ser políticas, que devem deixar totalmente sem resposta a questão do modo como os juízes decidem os casos

reais. Pois uma teoria sobre os fundamentos que, em si mesma, não assume nenhuma posição relativa à utilização da força do direito deve ainda assim ser política num sentido mais geral e difuso (DWORKIN, 1999, p. 138).

A proposta Dworkiniana como um todo pode ser compreendida como um esforço de superação de duas tradições concorrentes, o positivismo jurídico (*convencionalismo*) e o realismo jurídico (*pragmatismo*), mediante a afirmação da possibilidade de se chegar a uma *resposta correta* nos casos judiciais e, em contraposição, negando a existência de um espaço discricionário para tomadas de decisões judiciais.

Noutro sentido também, em defesa do voto do Ministro Barroso, Dworkin propõe, assim, uma certa união entre o mundo das normas jurídicas e o mundo da moralidade em geral, ao contrário da separação absoluta entre os dois mundos que sempre caracterizou o positivismo. Objetiva-se que os juízes têm alguma espécie de compromisso jurídico com os princípios e diretrizes políticas e que, portanto, as obrigações impostas por eles ao solucionar casos difíceis não são invenções discricionárias. Sendo preciso encontrar uma forma de substituir a definição positivista de Direito por uma que possa incluir os princípios e as diretrizes políticas. Poder-se-ia então, na visão do autor, dizer que a obrigação imposta pelo juiz com base em princípios não passou a existir no momento da decisão, mas existia desde antes no Direito, como decorrência desses princípios.

No livro “Justiça de Toga” o autor menciona que:

A concepção tradicional que nos estimula a estabelecer relações entre duas esferas intelectuais distintas, é insatisfatória. Seria melhor trabalhar com uma topografia intelectual diferente: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porem diferenciados, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas distintas. Poderíamos tratar a

teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por uma nova depuração das estruturas institucionais (DWORKIN, 2010, p. 51).

Para Dworkin, portanto, a moral e o Direito são sistemas normativos distintos. O Direito pertence a uma determinada comunidade e a moralidade estabelece norma com força imperativa para todos. O direito é feito pelos humanos ao passo que a moral por ninguém, ela não depende de nenhuma prática humana (MOTTA, 2010, p. 111). Neste sentido, o Direito é um ramo da moralidade política, esta classificação tem profundas implicações na teoria da decisão judicial. Assim, o argumento moral é ingrediente essencial do argumento jurídico. A existência do Direito é uma justificação moral para a coerção do Estado (GUEST, 2010, p. 38). As normas são criadas sob um balizamento moral.

Este balizamento poderia ser apontado no voto do Ministro Barroso que, analisou não somente a questão legal (regra), mas sim a questão contextual do caso concreto tendo em vista o discurso do prazo que Vanusa estava investida no cargo, a sua conduta de boa-fé. Uma vez que teve a iniciativa de realizar todos os procedimentos exigidos no concurso. Todavia sofreu com o equívoco do fiscal durante a prova física. Não teve qualquer conduta procrastinatória durante o processo objetivando se beneficiar com o tempo para a decisão final. Além de todos estes pontos, existiam três decisões a favor da parte, seja a decisão precária da Ação Cautelar, mas ainda duas decisões de mérito em primeiro e segundo grau.

Fortalecendo esta visão, na tese de Dworkin, ele objetiva mostrar que, no funcionamento dos princípios o *“point moral do direito”* fica particularmente evidenciado. Ademais os princípios são regem em sentido amplo, pois estabelecem uma medida de avaliação de determinando comportamento de acordo ou desacordo com determinado padrão (regra). Já as regras em

sentido estrito, não capturam a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico proposto por Dworkin (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 163).

O autor assim defende a partir de uma metáfora da árvore que representaria o sistema normativo, sendo um dos seus galhos a moral, outro galho o Direito, os princípios, e assim formando todas as fontes normativas.

Podemos sentir que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificarmos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se estamos aplicando consistentemente (DWORKIN, 2002, p. 25).

Streck dirá ainda que: “a segurança jurídica e a proteção da confiança e da isonomia somente fazem sentido se as decisões obedecerem à coerência e à integridade” e continua “sem atentar para a integridade, a principiologia e a Constituição poderiam ser violadas, mesmo preservando a isonomia ou a confiança” (STRECK, 2014). Portanto, é sempre essencial que uma cadeia de erros seja contida mediante uma séria fundamentação e reconstrução junto a integridade e coerência.

Concluindo, assim, esta visão, partiu-se de uma análise contextual e histórica do caso Vanusa. Iniciando-se pelo realinhamento de todo o processo seletivo do concurso com suas fases (primeira, segunda, terceira e quarta), as fases processuais judiciais desde o ajuizamento da Ação Cautela que obteve decisão favorável, assim como as decisões de mérito de primeiro e segunda grau da Ação Ordinária, ao fim para análise dos votos dos Ministros e a decisão final.

Diante de todos estes fatos, a partir da visão de Dworkin verificou-se que em muitas situações os juízes decidem pela melhor decisão e que esta decisão não é uma decisão fundada em uma regra e sim em princípios. Que, podem apesar disso, existir conflitos entre os princípios e diante deste deve-se analisar o

contexto do caso objetivando declinar pela aplicação do quão será mais importante e consagrar a melhor decisão, a mais justa.

No caso analisado, portanto, verificaram-se muitos equívocos jurídicos ocorridos tanto por parte da comissão do concurso em que Vanusa participou quanto da decisão liminar que a autorizou a realizar a quarta fase do concurso. Diante disso, um caso complexo a ser decidido se desenhava e perante ele, apesar da aparente existência de norma Constitucional ela não aparentava ser completamente justa, ademais tendo em vista o decurso do prazo de 12 anos em que Vanusa esteve na função de policial civil.

Portanto, utilizando-se do voto do Ministro Barroso e da função dos princípios alicerçada na tese de Ronald Dworkin, fundamentou-se que no caso em questão o embate entre o princípio da igualdade e o princípio da confiança, dever-se-ia aplicar tendo em conta o contexto do caso (prestação do concurso (CF/88) + equívoco no processo administrativo + desacerto jurídico na decisão cautelar + prova da aptidão física + prova da aptidão psicológica + aprovação da quarta fase + nomeação + exercício no cargo) para a manutenção de Vanusa no cargo já exercido por 12 anos.

4 Considerações finais

O problema apresentado inicialmente neste artigo foi analisar a decisão do Recurso Extraordinário nº 608.482 do Supremo Tribunal Federal e qual seria seu fundamento na visão da Teoria de Ronald Dworkin, mediante os fundamentos apresentados nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso.

Para tanto, iniciou-se realizando uma retrospectiva de todos os acontecimentos que precederam a decisão do STF. Verificou-se que Vanusa prestou concurso público para agente da polícia civil no Estado do Rio Grande do Norte, em setembro de 2000, edital nº 001/2000, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 2000.

O concurso compreendia quatro fases: i) Prova de conhecimento específico; ii) Teste físico; iii) Exame Psicotécnico; iv) Curso de Formação. O problema que originou o embate judicial ocorreu na segunda fase, quando o oficial contabilizou equivocadamente o número de repetições realizadas no exercício, informando a candidata que ela já havia concluído a prova. Posteriormente, contudo, a comissão organizadora do concurso, anulou as repetições o que concluiu que não teria sido aprovada na fase.

Enfim, em razão deste desacerto Vanusa recorreu administrativamente da decisão, requerendo a possibilidade “contra-prova”. Todavia, apesar desta ter sido deferida em condições distintas à outro candidato, à ela foi indeferido. Tal fato a impediu de realizar a terceira fase do concurso.

Diante disso, a candidata ingressou com Ação cautelar, que, equivocadamente a autorizou a realizar a Quarta Fase do concurso, quando a melhor decisão teria sido, anular a segunda fase do concurso ou autorizar que ela realizasse a “contra-prova” da segunda fase. E, consequentemente sendo aprovada, realizar em período especial a terceira prova. Dentro do prazo processual, Vanusa ingressou com Ação Ordinária que obteve a decisão de mérito em primeiro e segundo grau procedentes.

No Supremo Tribunal Federal a decisão foi o voto vencedor do Ministro Lewandowski que fundamentou o seu voto na necessidade de obediência ao procedimento legal previsto na Constituição Federal para ingresso em cargos públicos, o que seria superior a qualquer argumento de âmbito individual da candidata Vanusa. Logo, o núcleo do seu voto estaria fundado no artigo da Constituição e, por consequência no princípio da igualdade.

Já o Ministro Barroso, realizou uma abordagem contextual, sob a aplicação do *princípio da proteção da confiança* diante das expectativas legítimas para os cidadãos, concluindo assim pela concretização deste sob o viés de três pressupostos: (a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta

processual procrastinatória; e a (c) decisão de mérito proferida em segunda instância.

Portanto, diante da divergência dos votos, para alcançar as hipóteses de solução do problema inicialmente apresentada a partir da visão de Ronald Dworkin, verificou-se que a lógica do voto vencedor foi a aplicação do princípio da igualdade que exige a realização por todos do concurso público para se investir de cargo público. Todavia, no caso em questão Vanusa, apesar de ter prestado o concurso, ou seja, ter cumprido com a exigência legal inicial, o desacerto foi ensejado pelo oficial avaliador do concurso.

Posteriormente, mesmo tendo recorrido administrativamente para realizar a “contra-prova”, o que viabilizaria a correção do equívoco, a decisão foi pelo indeferimento. Ressalta-se que o outro pedido de “contra-prova” na prova física foi pleiteado por outro candidato do mesmo concurso questionando questões diversas, mas foi indeferido. Fato este que violou o mencionado princípio da igualdade.

Diante da persistência do equívoco, Vanusa obteve a decisão decorrente do ajuizamento da Ação Cautelar, para realizar a quarta fase do concurso. Equivocado foi o pedido e a decisão, quando a melhor solução e que poderia pôr fim a esta sequência de equívocos teria sido permitir que ela realizasse novamente a prova de aptidão física e que pudesse realizar a terceira fase, prova de aptidão psicológica (não realizada pela comissão não reconhecer a sua aprovação na segunda-fase).

Logo, o caso em questão desenrolou-se inicialmente com equívocos jurídicos e, na medida do decurso do tempo, estes se agravaram, mas, todavia, não por conduta de Vanusa e sim da Comissão do Concurso e das decisões judiciais. Os problemas ensejados foram: i) desacerto do fiscal na contagem dos exercícios na prova física; ii) equívoco da comissão em não anular a prova física ou possibilitar a “contra-prova” à Vanusa, como foi ofertado ao outro candidato; iii) equívoco jurídico na decisão da cautelar que possibilitou Vanusa a realizar a Quarta Fase do Concurso;

Portanto, utilizando-se da ideia de Dworkin, o presente caso não pode ser analisado somente pelo viés legal e sim principiológico e contextual. I) A candidata exerceu o cargo por 12 anos e mesmo diante de todos os equívocos jurídicos sempre comprovou a conduta de boa-fé e não teve qualquer conduta procrastinatória, objetivando se beneficiar com o tempo para a decisão final, durante o processo; i) Requereu administrativamente a realização da segunda fase; ii) Diante do indeferimento administrativo, requereu judicialmente pela Ação Cautelar a realização das demais fases do concurso; iii) Comprovou a aptidão física, com nota 9,5 e mediante laudo aptidão psicológica; iv) Foi aprovada na Quarta fase; v) Nomeada ao cargo, exercendo-o por 12 anos.

Conclui-se assim, a partir da Teoria de Ronald Dworkin somada a análise contextual e histórica do caso Vanusa que a melhor decisão, tendo em conta os diversos equívocos jurídicos, teria sido sua manutenção no cargo de agente da polícia civil no Estado do Rio Grande do Norte, exercício há 12 anos.

Nesta decisão levou-se em consideração que em Dworkin em muitas situações os juízes decidem pela melhor decisão e está decisão pode não ser uma decisão fundada unicamente em uma regra e sim em princípios. Apesar disso, estes princípios podem conflitar, mas deve-se analisar o contexto do caso declinar pela aplicação dos princípios que será mais importante e consagrará a melhor decisão, a mais justa.

Portanto, utilizando-se do voto do Ministro Barroso e da função dos princípios alicerçada na tese de Ronald Dworkin, fundamentou-se que caso em questão o embate entre o princípio da igualdade e o princípio da confiança, dever-se-ia julgar para a manutenção de Vanusa no cargo já exercido por 12 anos, conforme resumo que segue:

Procedimento ideal	Procedimento Adotado
Realização e aprovação no concurso público.	Realização e aprovação no concurso público.
Realização e aprovação na Primeira-fase	Aprovação na Primeira-fase
Realização e aprovação na Segunda-Fase	Realização correta. Contagem equivocada por parte do oficial avaliador da comissão do concurso. Reprovação.
Realização e aprovação na Terceira-Fase	Realização desautorizada. Comissão não reconhece aprovação na segunda-fase.
Apresentação de Recurso a comissão do concurso.	Apresentação de Recurso a comissão do concurso.
Comprovado o desacerto. Deferimento para a realização de contra-prova.	Comprovado o desacerto. Indeferimento para a realização da contra-prova.
Ajuizamento de ação judicial para deferimento da realização da segunda-fase como contra-prova.	Ajuizamento de ação judicial e deferimento da realização da quarta-fase do concurso.
Realização e aprovação da Quarta-fase	Aprovação na Quarta-fase
Ajuizamento de Ação Ordinária. Decisão de mérito.	Ajuizamento de Ação Ordinária. Decisão de mérito.
Nomeação ao cargo.	Nomeação ao cargo.
Julgamento da ação ordinária em 1ª e 2ª instância.	Procedente.
Julgamento final pelo STF.	Improcedente.

No caso analisado, portanto, ocorreram equívocos de interpretação jurídica ensejados tanto por parte da comissão do concurso quanto da decisão liminar que a autorizou Vanusa a realizar a quarta fase do concurso. Diante disso, um caso complexo se desenhou e perante ele, apesar da aparente existência de norma Constitucional esta não se demonstrou ser completamente justa, para decidir o caso. Ademais tendo em vista o decurso do prazo de 12 anos em que Vanusa esteve na função de policial civil. Portanto,

mediante a teoria de Ronaldo Dworkin entendeu-se que Vanusa deveria ser mantida no cargo, mediante os critérios apresentados no voto do Ministro Barroso.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 608.482/RN**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3831488>>. Acesso em. 15 jul. 2017.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

_____. **Uma questão de princípio**; Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: artins Fontes, 2005;

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001;

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 1.ed.1986;

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 12. Ed. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, vol. I;

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teorias do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013;

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

_____. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis : Conceito, 2010;

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. **Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>> Acesso em: 03 ago. 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. **A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n.47, p. 127-137, out./ dez. 2009.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)**. Coimbra: Almedina, 2005.

SGARBI, Andrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.