

Revista da Graduação

Vol. 4

No. 1

2011

33

Seção: FACULDADE DE DIREITO - CAMPUS URUGUAIANA

Título: Teoria Geral do Direito e Hermenêutica Jurídica na visão de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin

Autor: Fabricio do Prado Nunes

Este trabalho está publicado na Revista da Graduação.

ISSN 1983-1374

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/view/8837/6190>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
CAMPUS URUGUAIANA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FABRICIO DO PRADO NUNES

**TEORIA GERAL DO DIREITO E
HERMENÊUTICA JURÍDICA
NA VISÃO DE H. L. A. HART E RONALD DWORKIN**

Uruguaiana

2010

FABRICIO DO PRADO NUNES

**TEORIA GERAL DO DIREITO E
HERMENÊUTICA JURÍDICA
NA VISÃO DE H. L. A. HART E RONALD DWORKIN**

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado à Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção de título de graduado.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Ari Mello

Uruguaiana

2010

FABRICIO DO PRADO NUNES

**TEORIA GERAL DO DIREITO E
HERMENÊUTICA JURÍDICA
NA VISÃO DE H. L. A. HART E RONALD DWORKIN**

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado à Faculdade de Direito do Campus Uruguaiana da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para obtenção de título de graduado.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cláudio Ari Mello (orientador)

()

()

AGRADECIMENTOS

Uma das mais nobres virtudes de um homem está na sua capacidade de ser grato. A gratidão é a pura proclamação de que nada ou pouco somos por nós mesmos.

A natureza humana é limitada e somos conscientes desta realidade. Entretanto, o que parece ilimitado é a capacidade antropológica de transcendência à qual o homem sempre fez jus.

Talvez seja essa a razão pela qual me sinto, privilegiadamente, grato a Deus e aos amigos por serem tão bons com quem tão pouco mérito possuí.

Ciente da minha pequenez, não foram poucas às vezes em que me senti grande, não por mérito próprio, mas pelos méritos dos honrosos amigos que, transcendendo meus limites, fizeram-me sentir, em traços humanos, o que divinamente o homem é capaz: capaz de Deus, porque Deus o capacita.

Por isso, agradeço a Deus, luz de meu viver e autor de minha vida, por fazer-me conscientemente grato.

Gratidão que devo a meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Ari Mello pela paciência, esportividade, lealdade intelectual e apoio nas mais inusitadas horas, em especial, durante a realização desta monografia.

A reverência que cultuo aos verdadeiros amigos, pelo amor incondicional, condicionante de minha evolução.

Ao amigo e irmão Danilo Gomes Sanchotene cuja exemplar dedicação acadêmica, sede pelo saber e por seu espontâneo compartilhar, fidelidade com os amigos e o senso de justiça, foram o incentivo fundamental em meu solitário peregrinar na seara jurídica, filosófica e teológica.

Não poderia esquecer de recordar de tão valorosos amigos como o Bruno Naujorks, Celso Leite Rodrigues, Cândida Cirino, Carlos Ortódia,

Cardozo e Luzia, Débora do Couto, Diva e Antônio Ceolin, Jéferson Farezim, Liliane Minho, Maurício Zannette, Maria Teresa e Werner Arns, Nara Calvi, Rita de Cássia Fagundes e os sacerdotes de Uruguaiana, pela irrestrita amizade que ultrapassa o limiar de qualquer funcionalidade humana para ganhar o status do espírito.

À Nívea Desconsi, pelo zelo estrutural e ortográfico deste empreendimento, fruto de sua inquestionável competência e profissionalismo.

À Diocese de Bagé, na pessoa de Dom Gilio Felício e ao Ordinariado Militar do Brasil, na pessoa de Dom Osvino José Both, pelo incentivo e compreensão em minha particular busca pela aplicabilidade do saber filosófico, teológico e jurídico à vida humana.

Aos meus pais, pela compreensão da ausência e da distância, fruto de minhas inusitadas escolhas e experiências, enfim, por tudo.

Aos anônimos de meu coração, os quais sob o cuidado de meu ministério sacerdotal estão guardados pelo zelo na oração.

Aos meus respeitáveis professores, Aloísio Degrazia, Edison Rebés, Elói Martinelli, Raul Gick Neto, Roberto Duro Gick, Manoel Francisco Cairoli Lopes, Beatriz Fátima Andretta, e aos colegas pela pronta acolhida, ajuda e amizade.

Em suma, no ensejo de agradecer atrevo-me a pedir que Deus me conceda sempre a capacidade de me emocionar com a vida e com a fé; e que minha existência neste pampa peregrino torne a vida de ao menos alguém mais leve e feliz simplesmente porque o Senhor me fez capaz de amar.

“Significa alguma coisa afirmar
que os juízes devem aplicar a lei,
ao invés de ignorá-la,
que o cidadão deve obedecer à lei,
a não ser em casos muito raros,
e que os funcionários públicos
são regidos por suas normas.
Parece estúpido negar tudo isso
simplesmente porque às vezes divergimos
sobre o verdadeiro conteúdo do direito”.

Ronald Dworkin

RESUMO

Esta monografia apresentará pesquisa na área da filosofia do direito, particularmente sobre o tema da hermenêutica jurídica e da teoria do direito. O presente trabalho partirá da discussão entre positivistas e não-positivistas, respectivamente representados pelas obras de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, cuja visão distinta acerca do que é o direito repercutiu na hermenêutica jurídica. Primeiramente serão abordadas as noções preliminares do debate entre Hart e Dworkin, começando pela crítica hartiana ao positivismo tradicional e passando, em seguida, à análise do positivismo jurídico por ele resistemizado. Na sequência serão estudados os temas basilares do positivismo (a regra de reconhecimento, a discricionariedade judicial e a regra social). Após, o posicionamento analítico e crítico de Dworkin à tese positivista de Hart, à teoria dominante do direito, ao problema crucial da teoria do direito, sobre a teoria da responsabilização e da obrigação jurídica. Por fim, será dado especial enfoque aos casos difíceis e ao desenvolvimento da tese dworkiniana da decisão judicial e da tese dos direitos.

Palavras-chave: Teoria do Direito. Hermenêutica. Positivismo jurídico. Decisão judicial. Tese dos direitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - NOÇÕES PRELIMINARES DO DEBATE ENTRE HART E DWORKIN ACERCA DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO	12
1.1. O PONTO DE PARTIDA	13
1.2. A CRÍTICA HARTIANA AO POSITIVISMO TRADICIONAL	15
1.3. AS REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS	16
1.4. A REGRA DE RECONHECIMENTO	16
1.5. O PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DIANTE DAS REGRAS ..	19
1.6. O LIMITE DA LINGUAGEM E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL...	21
1.7. O POSICIONAMENTO CRÍTICO DE DWORKIN	23
1.8. A REAÇÃO DE HART ÀS CRÍTICAS DE DWORKIN	26
1.9. DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE	28
CAPÍTULO II - APROFUNDANDO O TEMA ACERCA DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO	30
2.1. ANÁLISE DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO	31
2.2. A PARTE NORMATIVA DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO	32
2.3. A PARTE CONCEITUAL DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO	33
2.4. CRÍTICA À TEORIA DOMINANTE DO DIREITO.....	34
2.5. O DÉFICIT DA TEORIA DOMINANTE	36
2.6. UMA TEORIA CONCEITUAL ALTERNATIVA.....	38
CAPÍTULO III - O PROBLEMA CRUCIAL E O BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DO DIREITO	39
3.1. O PROBLEMA CRUCIAL DA TEORIA DO DIREITO: OS PRINCÍPIOS MORAIS.....	40
3.2. QUESTÕES RELATIVAS A UMA TEORIA DO DIREITO	41
3.3. A TESE DA ABORDAGEM PROFISSIONAL	42
3.4. BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DO DIREITO	42
3.4.1. A teoria analítica	42
3.4.2. A teoria do realismo jurídico	44

3.4.3. A teoria sociológica e instrumentalista do direito	45
3.4.4. A teoria instrumental do "pós-realismo"	47
3.4.5. A teoria economicista do direito	48
3.5. CONSTATAÇÃO CRUCIAL.....	48
CAPÍTULO IV - ANÁLISE DA TESE DO POSITIVISMO JURÍDICO	50
4.1. A TESE DO POSITIVISMO JURÍDICO	51
4.2. ANÁLISE SOBRE AS DIFERENTES FORMULAÇÕES POSITIVISTAS RELATIVAS AO TESTE FUNDAMENTAL	52
4.2.1. A Versão do positivista John Austin	52
4.2.2. Objeções à argumentação de Austin	53
4.2.3. A versão do positivista Herbert L. A. Hart	54
4.3. CONSTATAÇÃO SOBRE AS VERSÕES DE HART E AUSTIN	57
CAPÍTULO V - CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO	58
5. CRÍTICA AO POSITIVISMO ELABORADA POR DWORKIN	59
5.1. AS REGRAS, OS PRINCÍPIOS E AS POLÍTICAS.....	59
5.2. O CONCEITO DE POLÍTICA E DE PRINCÍPIO.....	59
5.3. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	60
5.4. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E OS CASOS DIFÍCEIS E COMPLEXOS	64
5.5. ANÁLISE DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA	64
CAPÍTULO VI - ANÁLISE E CRÍTICA DA DOCTRINA DO PODER DISCRICIONÁRIO	67
6.1. A DOCTRINA DO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ	68
6.2. CONCEITO DE PODER DISCRICIONÁRIO	68
6.3. A ARGUMENTAÇÃO POSITIVISTA ACERCA DA OBRIGAÇÃO DO JUIZ	69
6.4. ARGUMENTAÇÃO CONTRA A DOCTRINA DO PODER DISCRICIONÁRIO E O POSICIONAMENTO A FAVOR DA ABORDAGEM DA OBRIGATORIEDADE DOS PRINCÍPIOS COMO REGRAS JURÍDICAS	72
CAPÍTULO VII - ANÁLISE DA REGRA DE RECONHECIMENTO	76
7.1. A REGRA DE RECONHECIMENTO	77

7.2. CONSTATAÇÃO CRÍTICA ACERCA DA REGRA DE RECONHECIMENTO	80
7.3. ANÁLISE SOBRE A TEORIA POSITIVISTA DA OBRIGAÇÃO JURÍDICA	81
7.4. A TESE DA INEXISTÊNCIA DE UM TESTE PARA O DIREITO	82
7.5. A CRÍTICA DOS POSITIVISTAS AOS ARGUMENTOS DE DWORKIN	83
7.6. OBJEÇÃO GERAL À TESE DE DWORKIN	84
7.7. A TESE DE DWORKIN	85
CAPÍTULO VIII - ANÁLISE DA TEORIA DA REGRA SOCIAL	86
8.1. O SURGIMENTO DOS DEVERES E A REGRA SOCIAL	87
8.2. CRÍTICA DWORKINIANA À REGRA SOCIAL	89
8.3. OS JUÍZES NECESSITAM DO PODER DISCRICIONÁRIO?	91
8.4. AS DECISÕES EM CASOS DIFÍCEIS	93
8.5. APROFUNDANDO A DISTINÇÃO ENTRE AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS	94
CAPÍTULO IX - ANÁLISE DOS CASOS DIFÍCEIS	98
9.1. OS CASOS DIFÍCEIS	99
9.2. O QUE NÃO SE PODE PROVAR SER VERDADEIRO É NECESSARIAMENTE FALSO?	100
9.3. ANÁLISE DA TESE "NÃO HÁ RESPOSTA CORRETA" NOS CASOS DIFÍCEIS	102
CAPÍTULO X - A TESE DA DECISÃO JUDICIAL E A TESE DOS DIREITOS	108
10.1. ANÁLISE DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL	109
10.2. TESE DOS DIREITOS	112
10.3. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E OBJETIVOS	113
10.4. ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS INSTITUCIONAIS	118
10.5. ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS JURÍDICOS	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

Conceituar o direito de forma inequívoca e amplamente aceita pode parecer utopia. É bem verdade que existem inúmeros doutrinadores que se dedicaram exaustivamente a esse tema. Entretanto, o objetivo aqui, obviamente, não é discorrer sobre esses doutrinadores, tampouco sobre suas tendências. O que cabe aqui é a compreensão do conceito de direito segundo os jusfilósofos H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, cujas obras são o objeto central deste empreendimento acadêmico.

A compreensão do conceito de direito tem um objetivo pontual que servirá de base para o entendimento do principal tema dessa monografia, a saber, a hermenêutica jurídica. De fato, o direito é eminentemente interpretativo. É interessante notar como a percepção do direito influenciou em Dworkin não só uma peculiar teoria do direito, mas como delineou seu entendimento e suas críticas à teoria do positivismo jurídico da qual Hart é apresentado como o mais importante expoente e re-sistematizador. Por conseguinte, nota-se que a postura prática perante o direito é oriunda da própria concepção de direito e, dessa forma, o seu conceito é, simultaneamente, fonte e produto de uma concepção hermenêutica do direito, anterior ao próprio conceito. E, é neste ponto que se pretende trazer à luz a temática hermenêutica presente nas decisões judiciais, particularmente nos casos difíceis.

Será a partir dessa disputa teórica entre as posições de Hart e Dworkin que se procurará desenvolver o tema da hermenêutica jurídica e a compreensão sobre o que é o direito. É certo que a discussão teórica sobre o conceito de direito historicamente foi travada no âmbito da disputa entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. No entanto, a publicação da obra *O Conceito de Direito* de H.L.A. Hart em 1960 e a crítica a esta obra proposta por seu sucessor na cadeira de Filosofia do Direito de Oxford, o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, transformaram de forma radical o modo de compreender teoricamente o direito. Desde então, a discussão passou a ser travada entre positivistas e

não positivistas, sendo a obra de Hart considerada a principal referência filosófica do positivismo jurídico, e a obra de Dworkin a âncora teórica dos não positivistas. A importância dessa discussão pode ser medida pelo fato de que há muitos anos boa parte da literatura jusfilosófica mundial tem sido dedicada a estudar o que se convencionou chamar de “debate Hart-Dworkin”.

Neste trabalho acadêmico serão abordadas as concepções de direito na visão de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin. Questionamentos como: O que é o direito? Qual o objeto do direito? Qual a finalidade do direito? O que compõe o direito? O que são normas morais e políticas e normas jurídicas? O que são regras e princípios? Há discricionariedade nas decisões judiciais? Há apenas uma resposta correta ou mais de uma nos casos difíceis?, constituem as preocupações deste empreendimento acadêmico. Estudar-se-á, também, o problema conceitual do direito e a obrigação jurídica. Todos os temas apresentados são fundamentais para uma crítica ao positivismo jurídico e para uma compreensão articulada do direito como uma ciência essencialmente argumentativa e interpretativa, que aqui se convencionará chamar de hermenêutica jurídica.

CAPÍTULO I

NOÇÕES PRELIMINARES DO DEBATE ENTRE HART
E DWORKIN ACERCA DE UMA TEORIA GERAL DO
DIREITO

1.1. O PONTO DE PARTIDA

No seu livro *O Conceito de Direito*, Hart propôs o enfrentamento de uma das principais questões da teoria jurídica: “o que é o direito?” Tema árduo e complexo. No entanto, trata-se de um tema predominante na vida dos operadores do direito e dos cidadãos comuns. De fato, o uso cotidiano da palavra “direito” parece esconder a dificuldade na definição de seu significado ou mesmo o estabelecimento das principais diferenças entre o direito e os sistemas distintos de regulação social como a moral ou os costumes.

Para Hart, a questão “*O que é o direito?*” leva a três problemas correntes na teoria jurídica que necessitam de respostas. “Qual a diferença entre o direito e aquelas ordens sustentadas por ameaças, e qual sua relação com elas?”, “Qual a diferença entre obrigação jurídica e obrigação moral, e que relação há entre elas?” E, “O que são as regras e em que medida o direito é uma questão de regras?”

Para Hart os problemas fundamentais da teoria jurídica são as relações entre o direito e a coerção, entre o direito e a moral, e entre o direito e as regras.

No intento de enfrentar essas questões, Hart desenvolveu uma peculiar teoria do direito. Primeiro, porque a teoria hartiana é geral e não específica, já que não pretende explicar um ordenamento jurídico particular, e sim um sistema jurídico qualquer em uma sociedade complexa e plural. Segundo, sua perspectiva de pesquisa é “descritiva” com o intuito de visualizar a estrutura do direito e de seu funcionamento sem levar em conta uma justificção moral das práticas jurídicas estudadas.

Para o tratamento dos temas mencionados, Hart se utilizou dos elementos da filosofia analítica ou da filosofia da linguagem inglesa, sob influência especialmente de J. L. Austin e de Ludwig Wittgenstein. Esta aplicação da filosofia da linguagem ao estudo do direito implicou uma

atenção peculiar à linguagem jurídica utilizada pelos advogados, juízes, legisladores e cidadãos em geral.

Segundo Hart, as questões linguísticas não tratam somente de palavras, ao contrário, uma consciência aprofundada das palavras pode conduzir ao aprofundamento da percepção dos fenômenos de tal maneira a contemplar não só palavras, mas também as realidades acerca das quais usamos as palavras. Do mesmo modo ocorre o estudo da linguagem, quando se fala em direito e nas práticas sociais que constituem o direito. Para Hart, a análise linguística e a descrição sociológica são fenômenos que se relacionam mutuamente. Por isso, é necessário observar a aproximação linguístico-sociológica proposta por ele.

A preocupação hartiana está centrada em descrever a estrutura típica de um sistema jurídico, e não em dar significado à palavra "direito". Sua atenção está voltada à prática social, à maneira como os cidadãos enfrentam as circunstâncias reguladas pelo direito e à linguagem que se utilizam para referir-se a elas. Esta aproximação linguístico-sociológica faz com que as normas jurídicas se alicercem sobre uma base sociológica e a teoria do direito sobre uma teoria social.

Esta perspectiva diferencia Hart do positivismo tradicional, o qual estaria ancorado em dois pilares fundamentais: por um lado, a separação marcante entre "*o que é o direito*" e "*o que deve ser o direito*" (ou seja, entre teoria jurídica analítica ou descritiva e teoria jurídica crítica ou avaliativa) e, por outro, a sustentação de que os fundamentos de um sistema jurídico não podem estar baseados em nenhuma teoria moral ou justificativa e, sim, na insistência de que esses fundamentos do sistema jurídico são adequadamente descritos nos termos moral e valorativamente neutros de um costume geral de obediência a um legislador soberano. O direito, neste aspecto, seria um conjunto de ordens sustentadas por ameaças proferidas pelo soberano no exercício do seu poder legislativo ilimitado. Hart até compartilha desses dois pilares, contudo, rechaça a

conclusão segundo a qual o critério de identificação das regras jurídicas estaria no costume (hábito) dos cidadãos em obedecer a um soberano.

Para Hart, o direito de uma sociedade não pode ser identificado a partir da pergunta “quem é o soberano e quais são as suas ordens?”. É contraditório, com a percepção da vida social contemporânea, que o direito seja a simples institucionalização de uma situação descrita. É fato, pois, que as normas jurídicas não são ordens ocasionais que as pessoas recebem de um legislador identificado que as faz cumprir sob o crivo da ameaça de uma pena ou de um castigo.

Foram basicamente essas limitações do positivismo tradicional que desafiaram Hart à dedicação da tarefa de reconstrução do positivismo, traço marcante em suas obras.

1.2. A CRÍTICA HARTIANA AO POSITIVISMO TRADICIONAL

Para Hart, a falha da teoria positivista de Austin estaria na omissão da noção fundamental para a compreensão da estrutura e do funcionamento do direito: a chamada *regra de reconhecimento*. As ideias de ordem, costume, obediência e coerção não são adequadas à compreensão da prática social de uma sociedade regida por regras jurídicas. Em uma situação na qual a pessoa é pressionada por um delinquente a entregar seus pertences, por exemplo, ela o fará por *sentir-se obrigada a fazer*, não porque *tenha a obrigação*, ou o dever de fazê-lo. Essa é a diferença entre uma ordem emanada de um assaltante e aquela ordem segundo a qual o cidadão deve pagar seus impostos. Para a compreensão do conceito de obrigação é indispensável a noção de regra. De fato, a afirmação de que um cidadão tem uma obrigação jurídica, significa dizer que há uma regra que prevê essa obrigação e, mais, que o caso concreto (a situação fática) vivido por tal cidadão está dentro do campo de aplicação da regra.

1.3. AS REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Nesta perspectiva, surgem duas distinções fundamentais: de um lado, a distinção entre regras primárias e regras secundárias; de outro, a distinção entre os pontos de vista interno e externo diante das regras. Na distinção entre regras primárias e secundárias, Hart vê a chave da teoria jurídica e a fonte de solução para os questionamentos que o positivismo de Austin deixara sem respostas. As regras primárias impõem deveres positivos ou negativos, ações ou omissões aos cidadãos¹. Já as regras secundárias são aquelas que outorgam poderes às autoridades ou particulares para a criação, modificação ou extinção, ou ainda, para determinar os efeitos das regras primárias².

Hart denomina de "*regra de mudança*" as regras que dão faculdades aos particulares e aos legisladores para criar regras primárias. E as normas sobre o exercício da função judicial, constituidoras de um segundo tipo de regras secundárias, Hart denomina de "*regra de jurisdição*". Um terceiro tipo de regras secundárias são aquelas que Hart denomina de "*regra de reconhecimento*". Esta possui uma importância peculiar na teoria hartiana.

1.4. A REGRA DE RECONHECIMENTO

Um dos pilares fundamentais do positivismo consiste na defesa de que é possível identificar o direito vigente em uma comunidade por meio de um parâmetro independente da moral. Hart chama esse parâmetro de regra de reconhecimento.

¹ Exemplos de regras primárias são aquelas que impõem obrigações civis aos cidadãos (obrigação dos pais cuidarem dos filhos, por exemplo).

² Exemplos de regras secundárias são as normas constitucionais sobre a expedição de leis e as normas processuais que regulam a função judicial. No exercício dos poderes atribuídos por essas regras secundárias, os legisladores e os juízes estabelecem regras primárias contidas em leis e em sentenças.

As regras jurídicas de uma sociedade complexa estão organizadas de forma hierárquica. Tanto que sua validade depende de sua conformidade com as regras colocadas em nível jurídico superior em um regime cadencial. A validade de um decreto depende de sua sujeição às leis vigentes e, ambos, alicerçam sua validade na subordinação à Constituição, a qual, dentro dessa estrutura hierárquica é o critério supremo de validade. Nota-se que a estrutura hierárquica permite determinar a pertença e a validade de uma norma ao sistema jurídico por meio de uma prova de origem (ou de linhagem), chamada de *pedigree*. Do exame da cadeia jurídica de origem (derivação), prova-se que tal norma pertence à estrutura jurídica e possui validade.

Parece claro a superioridade hierárquica da Constituição (critério supremo em Hart). Mas, do que depende a validade da Constituição? Tal questionamento é fundamental, pois constitui prova definitiva para qualquer teoria da validade jurídica. Para Hart, a validade da Constituição é estabelecida por uma regra que determina *que aquilo que a Constituição diz é direito*. Esta seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico, que fornece os critérios de validade (a Constituição e as normas subordinadas a ela) por referência nos quais se identificam as normas que são reconhecidas como parte de determinado sistema jurídico.

Ao fornecer o critério supremo de validade, a regra de reconhecimento é uma regra última, ou seja, nela termina a corrente (cadeia sistemática) de validade do sistema jurídico.

Hart distingue o critério supremo (Constituição para o contexto brasileiro) da regra última ou regra de reconhecimento, que seria a regra segundo a qual o que diz a Constituição é direito (o que diz o critério supremo é direito). A regra de reconhecimento fornece o critério supremo e os demais critérios de validade do sistema.

Da regra de reconhecimento não se pode deduzir sua validade, porque não há regra alguma que esteja acima dela que possa ser sua fonte de validade, senão sua existência fática.

Observe-se que a regra de reconhecimento de Hart possui um carácter "jurídico-social". De um lado é a fonte de validade do critério supremo, logo é a regra última do sistema jurídico; de outro, é a enunciação de um fato social consistente na aceitação prática do critério supremo e dos critérios subordinados como parâmetros de identificação das normas de determinado sistema jurídico.

No mesmo sentido, Juan Ramón Páramo cita:

No se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona los criterios para la identificación de otras reglas – y en este sentido, podría ser calificada como "derecho" – por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema³.

Com a inclusão de um elemento fático na regra de reconhecimento, Hart descarta o postulado kelseniano, segundo o qual essa regra ou norma básica não era um fato senão um "*pressuposto*" do esquema de validade de um sistema jurídico. Para Kelsen, a validade de uma norma superior de um sistema jurídico é pressuposta e, a enunciação dessa pressuposição é a norma básica do sistema jurídico. Segundo Kelsen,

... a diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de algún modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida⁴.

³ PÁRAMO, Juan Ramón de. H. L. A. Hart y a La Teoría Analítica del Derecho, pp. 248-249.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1988, p. 137.

Hart se contrapõe a esta ideia kelseniana, sustentando duas razões para sua objeção. A primeira é o simples fato de que falar da validade da norma básica causa confusão porque a validade se deduz somente das normas situadas abaixo dela. Para Hart, usa-se a palavra “validade” para a solução de questões internas de um sistema de regras em que o status dessa regra, como membro do sistema jurídico, depende da sintonia com certos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento. Questões desse tipo não são adequadas à regra de reconhecimento, que estabelece os critérios de validade e não que seja válida, também ela, por esses critérios. A regra de reconhecimento não pode ser válida nem inválida, já que ela é simplesmente aceita como adequada para ser utilizada desta maneira⁵.

A segunda razão, para Hart, está em que a tese kelseniana obscurece a realidade social subjacente à afirmação da existência da regra de reconhecimento. O fato de que os cidadãos de uma comunidade jurídica não “expliquem” a regra de reconhecimento, mas a “usem” na identificação do direito aplicável ao caso concreto, não significa que sua existência seja apenas um pressuposto lógico, conforme pensa Kelsen. Para Hart, a regra de reconhecimento existe como uma prática social efetiva que pode ser enunciada por meio do fato externo⁶.

1.5. O PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DIANTE DAS REGRAS

A questão constitui-se em uma distinção essencial na teoria hartiana, necessária para o enfrentamento das interrogações cujas respostas não foram satisfatórias perante a teoria das ordens respaldadas pela ameaça e a coerção do positivismo tradicional.

⁵ Ver H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, op. cit, p. 135.

⁶ Essa noção fática da regra de reconhecimento desenvolvida por Hart será criticada por Robert Alexy, que defendeu a norma básica de Kelsen. Para eles, não é possível derivar, deduzir de uma afirmação de fato (a existência da prática social que conforma a regra de reconhecimento de Hart) um juízo normativo (o dever de agir de acordo com tal prática). Ver *El concepto y a la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 122.

As questões como “De que maneira é possível distinguir um hábito (costume) social de uma regra social?”, e “As regras sociais são obedecidas por força do hábito ou por outras razões?” precisam de respostas satisfatórias. A teoria de Austin é criticada por Hart, inclusive, porque ela não permite distinguir os hábitos (costumes) das regras, tornando a análise insuficiente.

Para Hart, é possível estabelecer uma linha divisória entre as duas noções por meio da distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo. As regras sociais (religiosas, jurídicas, morais, etc) podem ser analisadas a partir de duas perspectivas: a de um observador externo ou a de um observador interno. O observador externo seria aquele cidadão que não pertence à sociedade observada ou, então, um membro pertencente a ela, mas que adota uma postura de cientista social. Neste caso, por exemplo, ele constata que nesta sociedade estudada há uma regra regular das mais saudáveis: tratar com obsequioso respeito os portadores de necessidades especiais. Se o observador externo não examinar os motivos dessa regularidade comportamental, somente poderá afirmar que em tal sociedade há o hábito regular e reiterado no comportamento dos membros dessa comunidade em respeitar esses portadores. Entretanto, não poderá distinguir esse hábito, sua natureza e origem, daquele, por exemplo, de ir à missa aos domingos. Porém, os mesmos exemplos poderão ser analisados levando-se em consideração os motivos, as razões, que originaram essas condutas (regularidade de ação). Nesse caso, aquele cidadão observador estará adotando o ponto de vista interno do participante daquelas práticas. De fato, para o participante, essas ações não são o simples resultado de hábitos ou costumes, mas de “regras” que vigoram na sociedade e que são aceitas como parâmetros de regulação do comportamento. Por esse motivo, haverá a possibilidade de estabelecer críticas, fundadas nestas “regras”, acerca do comportamento daqueles que não respeitam os portadores de necessidades especiais, bem como, o motivo pelo qual o grupo poderá exigir dos membros atitudes de acordo com essas “regras”. Contudo, vale

ressaltar que tais críticas e exigências, em contrapartida, não poderão ser feitas com o mesmo teor no caso do hábito de ir à missa aos domingos, o que seria incabível para o caso.

Na visão hartiana, as regras jurídicas, na forma de regras sociais, podem ser observadas a partir daqueles dois pontos (interno e externo). No caso do ponto de vista externo, o observador pode estar interessado em registrar somente as repetições das condutas dos membros da comunidade ou pode ocorrer, ainda, que um membro dessa comunidade não aceite as regras jurídicas por considerá-las justificadas apenas como a finalidade de evitar o castigo, subtraindo-se daí o aspecto coercitivo das regras. No caso do ponto de vista interno, o observador destaca a dimensão normativa das regras, sua função justificadora de juízos de aprovação ou de críticas.

No mesmo teor, César Rodríguez menciona:

Gracias a esta dimensión de las reglas podemos hablar de derechos y obligaciones, y no solo de hábitos y coacción. El punto de vista interno, así, es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo [...] y tener la obligación de hacer algo [...]⁷

1.6. O LIMITE DA LINGUAGEM E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Da análise crítica ao positivismo tradicional, Hart passa a construir uma proposta peculiar sobre os principais problemas da teoria do direito, como por exemplo, a relação entre eficácia e validade, a interpretação, os vínculos entre justiça e direito e entre moral e direito, e os pressupostos condicionantes de existência para um ordenamento jurídico, tema influenciador na análise do direito internacional e do ordenamento jurídico das comunidades primitivas.

⁷ Rodríguez, César. *La Decisión Judicial*. El Debate Hart-Dworkin. Santafé de Bogotá: siglo del hombre. 1997. p. 32.

Embora esses temas tenham relevância para a compreensão do estudo do debate de Hart com a teoria dworkiniana, dois deles são temas primordiais para este estudo, bem como para este empreendimento acadêmico: a interpretação (hermenêutica) do direito e as decisões judiciais nos casos difíceis.

A base analítica de Hart baseia-se na constatação de que a linguagem humana, em geral e, conseqüentemente, a linguagem jurídica, são limitadas. Ainda que possuam significados suficientemente precisos para a comunicação, há uma "vagueza" (imprecisão significativa ou multissignificativa), como uma "textura aberta" da linguagem que afeta o mundo das comunicações jurídicas.

Para a compreensão hartiana, essa "textura aberta" ocorre por duas razões: primeiro, as regras jurídicas são dirigidas a classes de pessoas e não aos casos particulares; segundo, as regras jurídicas permanecem vigentes por longos períodos, sendo aplicadas às circunstâncias fáticas que não podem ser previstas no momento de sua criação⁸.

As palavras (termos jurídicos) de "textura aberta" dificultam sua interpretação. Para vencer esta dificuldade, Hart propõe a utilização técnica da analogia na solução dos casos difíceis. Segundo o autor, toda expressão linguística possui um núcleo forte de significado e uma área de penumbra. Este núcleo de significado se conforma com os casos de fácil interpretação⁹. Na área de penumbra das expressões linguísticas, elas se conformam aos casos de difícil interpretação, nos quais há controvérsias quanto à aplicação do significado das expressões ao caso concreto analisado. Para Hart, os casos difíceis podem ser resolvidos com base em um critério aproximativo de análise, utilizando-se da analogia com os casos fáceis.

⁸ Essa segunda característica das regras jurídicas permite a utilização de termos gerais na regulação jurídica, por exemplo, dos contratos - como a expressão "boa-fé", de teor genérico aplicável aos casos concretos.

⁹ Aqueles em que os intérpretes concordam, ou discordam, por maioria ou unanimidade, com a aplicação do significado de determinada expressão com o caso concreto.

A divisão entre casos fáceis e casos difíceis tem importância central no debate Hart-Dworkin. Hart sustenta que a “textura aberta” ou “vagueza” é um traço inerente à linguagem jurídica e que na decisão dos casos difíceis há mais de uma interpretação razoável, o que permite aos juízes o uso da discricionariedade para a escolha daquela que considerar a mais apropriada. Quando a regra aplicável é imprecisa, em cujo significado há uma “textura aberta”, o juiz não possui outra saída senão a escolha daquela interpretação que julgar mais adequada.

Segundo Hart, nestas situações excepcionais o juiz não está a aplicar o direito, já que as regras não lhe indicam qual a direção a ser tomada; o juiz está a criar o direito para o caso concreto.

1.7. O POSICIONAMENTO CRÍTICO DE DWORKIN

A reformulação positivista de Hart propiciou grande debate, estabelecendo apoiadores e críticos. Entre os críticos destaca-se o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin.

Ao participar de um simpósio sobre o tema da discricionariedade judicial em 1963, Dworkin traçou as primeiras linhas de sua crítica. Nela sustenta que nem todos os casos difíceis têm sua origem na “textura aberta” ou “vagueza” de um termo de uma regra jurídica, bem como é errôneo sustentar que nesses casos o juiz teria o poder da discricionariedade. Segundo Dworkin, em um processo judicial as partes têm direito a uma solução segundo as normas preexistentes do sistema jurídico, por isso, os juízes não possuem poder discricionário algum, nem poderes de criação das normas jurídicas.

No seu livro *Levando os Direitos a Sério* (1977)¹⁰, Dworkin sistematiza sua análise sobre a teoria hartiana e articula o que se poderia

¹⁰ Nesse livro estão reunidos vários artigos desenvolvidos durante 15 anos de dedicação nos quais Dworkin desenvolveu sua crítica à teoria de Hart. Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin também desenvolveu temas de filosofia moral e política, os quais fazem parte da estrutura do supracitado livro.

chamar de “primeira crítica” a Hart¹¹. Em um dos artigos desse livro, *O Modelo das Regras*, a crítica dworkiniana dedica-se a atacar as bases estruturais do positivismo que o autor em seu entendimento resume em três questões: primeiro, o positivismo sustenta que o direito é um conjunto de regras identificáveis por meio de uma única regra de reconhecimento; segundo, afirma que esse conjunto de regras válidas esgota o conteúdo do direito e, não havendo regra clara identificável pela regra de reconhecimento para o caso concreto, os juízes teriam poder discricionário para decidir; terceiro, os direitos e obrigações podem originar-se somente de regras jurídicas cuja validade lhe é conferida pela regra de reconhecimento. Assim, nos casos difíceis em que não haja regra semelhante não se pode sustentar que uma das partes tenha direito a alguma decisão a seu favor.

A crítica central de Dworkin refere-se a uma concepção fundamental, segundo a qual o direito é concebido como regras reconhecíveis por sua origem ou linhagem, as quais estariam em conformidade com normas posicionadas em níveis hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico. Ocorre que, para Dworkin, nem todas as normas jurídicas são regras precisas (as de tipo penal ou processual, por exemplo). Dworkin alerta que na legislação e na prática jurídica existem também “princípios” que possuem estrutura e funcionamento distinto das regras¹² e que são aplicados cotidianamente pelos juízes aos casos fáceis e, particularmente, aos difíceis. Ademais, os princípios não

¹¹ No livro *Levando os Direitos a Sério*, três artigos republicados nele constituem a “primeira crítica” de Dworkin à teoria hartiana: *O Modelo das Regras*, *A Regra Social e a Teoria Legal* e *Os Casos Difíceis*. No primeiro artigo, critica as três teses fundamentais do positivismo jurídico; no segundo, ataca o que julga ser o fundamento dessas três teses (a teoria da regra social); e no terceiro, realiza o primeiro esboço sistemático de sua teoria jurídica (teoria dos direitos).

¹² Os princípios ditam resultados menos precisos que as regras. Entretanto, são tão obrigatórios como regras e devem ser levados em conta pelo juiz ou intérprete nos casos em que são pertinentes.

podem ser identificados por uma regra social de reconhecimento como a de Hart.

Por essa razão, Dworkin, sustenta que a segunda tese positivista seria falsa. Os juízes, em casos difíceis, não possuem poder discricionário para criar o direito. Pelo contrário, devem aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

Consequentemente, na ótica dworkiniana, resta sem sustentação a terceira tese positivista. Mesmo que não haja regras aplicáveis ao caso concreto, sempre existirão princípios que o serão. Dessa forma, uma das partes integrantes no litígio terá direito a que o juiz reconheça em sua sentença que determinados princípios lhe assistem razão.

Em outro artigo, reimpresso em *Levando os Direitos a Sério*, denominado *Regra Social e Teoria Legal*, Dworkin ataca o que considera ser a base de sustentação das três teses positivistas discorridas anteriormente neste ensaio acadêmico, a saber, a “teoria da regra social”. No modelo de Hart, as regras sociais estão constituídas por uma conduta uniforme dos cidadãos que dão conformidade ao grupo social (aspecto externo – ponto de vista externo), unida à utilização de tais regras como fonte de críticas e exigências (aspecto interno – ponto de vista interno).

Segundo Dworkin, essas duas características não explicam de forma satisfatória a existência de regras sociais como as morais, até porque estas são reivindicadas independentemente da frequência com que são observadas¹³ pelos cidadãos¹⁴. Para Dworkin, isso demonstra os erros do sustento sociológico que Hart pretende dar às regras sociais (ver nota 14), entre elas as jurídicas, particularmente a regra de reconhecimento, e a

¹³ Naquela lógica de observação das normas na sociedade a partir dos pontos de vista interno ou externo.

¹⁴ Dworkin cita o exemplo de um cidadão honesto que vive em uma sociedade de ladrões; apesar da prática corrente da desonestidade pela maioria dos concidadãos (prática essa frequentemente observada no grupo social), isso não impede que o cidadão honesto reivindique que roubar é reprovável; tal reivindicação tem pleno sentido e significado, mesmo neste contexto da prática reiterada e frequente de roubo.

necessidade de ampliar o conceito de direito para a inclusão dos princípios “justificativos” das práticas jurídicas.

No artigo *Os Casos Difíceis*, também reimpresso no livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin dedica-se à primeira exposição de sua “teoria dos direitos”, que segundo o autor, é dedicado à análise e destruição do positivismo de Hart.

Contra a tese da discricionariedade do juiz, Dworkin constrói um método de decisão personificado por um juiz com capacidades extraordinárias (Hércules), destinado a encontrar em cada caso difícil os princípios que expliquem da melhor maneira possível as regras vigentes e que provem a melhor justificação moral para a decisão do caso.

Dworkin acredita que os juízes, seguindo o método de Hércules, poderão proferir sentenças corretas nos casos difíceis, mantendo-se, assim, sempre no domínio da aplicação do direito, sem necessidade de submeter-se ao controvertido campo da criação das normas jurídicas.

1.8. A REAÇÃO DE HART ÀS CRÍTICAS DE DWORKIN

A resposta de Hart às críticas de Dworkin não consistiram em um esforço sistemático de contra-argumentação, mas em observações realizadas em conferências ministradas por ele (até porque ele desenvolve a defesa sistemática de sua tese no *Postscriptum*, presente no livro *O Conceito de Direito*¹⁵). Em uma delas, intitulada *Law in the Perspective of Philosophy*,¹⁶ Hart desenvolve algumas dificuldades da tese dworkiniana, especialmente a ampliação do conceito de direito para a inclusão dos princípios justificativos e para a afirmação da existência de uma resposta correta aos casos difíceis.

¹⁵ O *Postscriptum* foi publicado junto à 2ª edição de *O Conceito de Direito* após a morte de Hart, a partir de notas que ele havia deixado inconclusas.

¹⁶ Hart, H.L.A. 1776-1976: *Law in the Perspective of Philosophy*, en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 145-158.

Hart questiona a sustentação de que a teoria jurídica que une a descrição e a justificação seja mais iluminadora que outra teoria como a sua, que tenta descobrir a estrutura do direito sem justificá-la e criticá-la.

Hart, igualmente, faz uma crítica que persegue os trabalhos de Dworkin desde o início de sua análise jurídica; ainda que seguindo um método jurídico estrito como o de Hércules, nos casos difíceis poderão surgir mais de uma resposta correta, mais de uma interpretação coerente, baseadas em princípios afetos ao caso, no qual caberá ao juiz irremediavelmente usar de seu poder discricionário (terá que escolher qual interpretação é a mais apropriada).

Para Hart, a única maneira de defesa da posição de Dworkin seria a afirmação de que em cada caso difícil há um único conjunto de princípios aplicáveis que serviriam de base para a resposta adequada. Entretanto, isso parece ser contrário à prática jurídica. Ao defender tal tese, Dworkin parece negar a complexidade e a contradição presente nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Em outra conferência, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*¹⁷, Hart classifica os teóricos norte-americanos em dois grupos: os que olham para o direito como um conjunto de regras impostas em cada caso por um juízo de ordem (o que seria um pesadelo) e os que concebem o direito como o conjunto de princípios coerentes que proporcionam uma resposta a todos os casos (o que seria um sonho nobre). Para Hart, os teóricos do pesadelo são os realistas radicais para quem as regras jurídicas são uma espécie de "pregação" daquilo que os juízes proferem. Já os teóricos do sonho nobre confiam em um exame detalhado dos fatos, de regras e princípios

¹⁷ Hart, H.L.A. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*, en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 123-144.

relevantes que em um caso difícil aponte uma única resposta correta. Entre esses nobres sonhadores encontra-se Dworkin¹⁸.

1.9. DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE

As reações da tese hartiana conduziram o labor construtivo de Dworkin. Foi fazendo alusão à teoria de Hart e, simultaneamente, contrapondo-a à sua tese nas reformulações que lhe interessavam, que Dworkin conseguiu formular a *Teoria do Direito como Integridade*¹⁹

Nessa teoria Dworkin estabelece a relação entre a criação literária e a jurisdição ou a aplicação judicial do direito, relação essa que constitui lugar central em sua teoria. Igualmente, enfrenta o aspecto mais controvertido de sua tese – a existência de uma resposta correta no direito –, bem como refuta as críticas dos céticos apelando também para a prática jurídica, onde evidencia que juízes e advogados geralmente estão convencidos da existência de uma única resposta adequada ao caso analisado; afirma, ainda, que os conflitos entre princípios são excepcionalmente mais raros do que acham os positivistas.

No livro *O Império do Direito*, Dworkin constrói sua teoria em diálogo com Hart e outras correntes do pensamento jurídico que se contrapõem a idéia do direito como integridade. Entre elas estão o *convencionalismo*²⁰ e o *pragmatismo*²¹, os quais são tratados no *Império do Direito*, respectivamente nos capítulos 4 e 5.

¹⁸ Dworkin respondeu de forma breve às observações feitas por Hart em duas conferências que foram agregadas no seu livro *Taking Rights Seriously*, op cit., pp. 292-293.

¹⁹ Teoria esta desenvolvida em duas etapas: a primeira no livro *A Matter of Principle*; a segunda, no livro *Law's Empire*, fase em que a teoria restou sistematizada.

²⁰ Para o convencionalismo o direito consiste somente nas regras estabelecidas claramente pelo legislador no passado; assim elas devem ser interpretadas de acordo com a intenção do legislador, não podendo ser adaptadas pelo juiz a casos novos. Por isso, em situações nas quais não há regra clara, não é possível afirmar que o juiz estaria a decidir tais casos "dentro do direito".

Para Dworkin, os questionamentos sobre o que é o direito – descrição – e o que deve ser o direito – justificação e crítica – estão entrelaçados tanto na prática como na teoria jurídicas.

Desta perspectiva, a tese dworkiniana concebe a jurisdição como uma tarefa governada por uma virtude presente nas culturas jurídicas e morais que se ocupam com ela. Essa virtude é a integridade compreendida como o compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de modo consistente com os princípios de moralidade política, moldados e modeladores das instituições constituidoras da sociedade. Desse modo, a concepção de jurisdição e de direito derivam da descrição mais próxima e adequada do funcionamento do direito como da justificação moral mais compreensível das práticas jurídicas (aqui, as anglo-saxônicas).

²¹ Para o pragmatismo jurídico, os juízes, quando proferem suas sentenças, devem estar atentos às consequências sociais de suas decisões e não atender unicamente as regras vigentes e os precedentes judiciais. Para essa teoria a interpretação judicial das regras deve ser moldada de maneira a alcançar um resultado social mais apropriado e conveniente.

CAPÍTULO II

APROFUNDANDO O TEMA ACERCA DE UMA TEORIA
GERAL DO DIREITO

2.1. ANÁLISE DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin sustenta que argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. No mesmo livro discorre sobre a existência de uma teoria dominante do direito a qual seria dividida em duas partes, uma normativa e outra conceitual. Teoria essa derivada da filosofia de Jeremy Bentham, que articulou a partir de uma teoria do utilitarismo jurídico (e uma teoria metafísica empirista na sua parte normativa), e uma teoria do positivismo jurídico (em sua parte conceitual). Tal teoria será um dos objetos da crítica dworkiniana.

A parte normativa refere-se à teoria sobre o que é o direito. A verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em mais nada que isso. Trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para encontrar a verdade de uma proposição jurídica. É no que consiste o chamado "*positivismo jurídico*".

A parte conceitual refere-se à teoria sobre como o direito deve ser. Trata-se do modo como as instituições jurídicas devem ser e comportar-se. O direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem estar geral e nada mais que isso. Trata-se do "*utilitarismo jurídico*".

Segundo Ronald, a popular teoria dominante do direito possui essas duas partes e sustenta, irremediavelmente, a mútua independência de cada uma delas. Na sua crítica, Dworkin analisa não só as partes dessa teoria, mas também o pressuposto sustentado de que elas seriam independentes entre si. Para a tese dworkiniana, uma teoria do direito necessita ser concomitantemente normativa e conceitual.

2.2. A PARTE NORMATIVA DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO

A parte normativa deve abarcar uma teoria da legislação, da decisão judicial²² e da observância da lei²³.

Segundo Dworkin,

(...) essas três teorias tratam das questões normativas do direito, a partir da perspectiva de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum²⁴.

A teoria da legislação, própria da perspectiva de um legislador, deve desenvolver uma teoria da legitimidade e uma teoria da justiça legislativa. A primeira necessita descrever circunstâncias as quais uma coletividade ou um cidadão estaria legitimado a fazer as leis. A segunda deveria enumerar que tipos de leis estariam legitimados, ou mesmo obrigados a fazer.

A teoria da decisão judicial, própria da perspectiva de um juiz, deve desenvolver uma teoria da controvérsia e uma teoria da jurisdição. A primeira deve estabelecer padrões os quais os juízes precisam adotar para proferir suas decisões nos casos difíceis. A segunda deve justificar por que e quando eles (os juízes) devem proferir as decisões exigidas pela teoria da controvérsia. A referência aqui é aos juízes, não às instituições ou grupos.

A teoria da observância da lei, própria da perspectiva de um cidadão comum, deve abarcar uma teoria do respeito à lei e uma teoria da execução da lei. A primeira necessita discutir a natureza e os limites do dever do indivíduo em obedecer à lei assim como ela se apresenta nas

²² Entenda-se por decisão judicial tanto o processo de tomada de decisão quanto o resultado desse processo, atribuição de direitos, fundada em razões.

²³ O termo refere-se tanto à obediência, o respeito à lei e às decisões judiciais, como à sua implementação, aplicação ou execução.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. VIII.

configurações do Estado e nas diversas circunstâncias da vida social. A segunda deve identificar as razões, os objetivos da aplicação e punição, bem como deve descrever de que forma os agentes públicos devem reagir diante das diferentes espécies de infrações e crimes.

Para Ronald Dworkin, uma teoria geral do direito deve incluir temas abarcados não só nas categorias acima elencadas. É necessário incluir assuntos que não pertençam a nenhuma delas e, mais uma vez, acolhendo um tópico que pertença a uma poderá muito bem pertencer às demais categorias. Na verdade, os assuntos se entrelaçam. Poder-se-ia chamar este fenômeno de integralismo jurídico²⁵.

Para o autor citado, questões como, por exemplo, a do politicamente sensível, própria do constitucionalismo, referem-se igualmente às questões da teoria da legitimidade. Seguindo ainda a exemplificação, tanto a questão conceitual quanto as questões de jurisdição e de legitimidade incidem objetivamente sobre a teoria da observância da lei.

Nota-se a complexidade da interdependência entre as diversas partes de uma teoria geral do direito. Inclusive, são perceptíveis suas ligações com diversas áreas da filosofia, uma vez que a teoria normativa, por exemplo, lança bases em uma teoria moral e política mais geral dependente de teorias filosóficas sobre a natureza humana e a objetividade da moral. Pode-se incluir aqui, os conceitos sobre a antropologia moral e teológica, ou ainda, o “dever ser” e “dever agir” do homem numa perspectiva sobre sua origem e seu destino individual e coletivo.

2.3. A PARTE CONCEITUAL DA TEORIA DOMINANTE DO DIREITO

Já a teoria conceitual, basear-se-á nas contribuições da filosofia da linguagem, da lógica e da metafísica, por exemplo. Questões como a do

²⁵ O termo integralismo jurídico é uma pretensão do autor desta monografia; refere-se a uma visão integralizada da ciência jurídica que conta com fortes nexos conceituais advindos das mais diversas áreas do saber humano.

significado das proposições do direito, da verdade e justiça, encontram substancial apoio numa visão filosófica (e teológica²⁶) da vida humana, contribuições, sem as quais, uma teoria geral do direito muito deixaria a desejar.

Assim, é notória a necessidade de a teoria geral de o direito adotar uma ou outra posição em franca disputa sobre problemas tipicamente filosóficos, ou mesmo teológicos que, embora não sendo especificamente jurídicos, os influenciam de maneira preponderante.

O filósofo anglo americano Bentham, ao propor uma teoria geral do direito dividida em duas partes, o fez de maneira justificada. Na parte normativa, por exemplo, desenvolveu as chamadas teorias da legitimidade, da justiça, da jurisdição e da controvérsia, todas articuladas por uma teoria política e moral utilitarista e uma teoria metafísica empirista. Esta parte foi inclusive aprimorada utilizando a análise econômica na teoria do direito. Essa análise forneceu padrões para medir o bem estar dos cidadãos, indicando que as questões normativas (legitimidade, justiça legislativa, jurisdição, controvérsia e também o respeito à lei e à execução) deveriam ser resolvidas mediante a suposição de que as instituições jurídicas devem promover o maior nível de bem-estar aos cidadãos. Esse objetivo geral deve ser sustentado com maior segurança. Para isso, deve-se atribuir diferentes tipos de questões a diferentes instituições de acordo com uma competência institucional, pois parte-se da idéia de que nem todas as instituições são, da mesma forma, competentes para verificar o impacto das decisões políticas particulares sobre o bem-estar coletivo.

2.4. CRÍTICA À TEORIA DOMINANTE DO DIREITO

O positivismo jurídico e o utilitarismo econômico são doutrinas complexas na teoria dominante do direito. Consequentemente, isso

²⁶ Termo pretensiosamente nosso.

possibilitou inúmeras críticas, tanto pela sua complexidade quanto pelo dificultado entendimento gerado por essa mesma complexidade.

O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a idéia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser o produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica. O utilitarismo econômico é igualmente individualista, ainda que apenas até certo ponto. Fixa o objetivo do bem-estar médio ou geral como o padrão de justiça para a legislação, mas define o bem estar geral como uma função do bem estar de indivíduos distintos e se opõe firmemente à idéia [sic] de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente²⁷.

A teoria dominante do direito também é criticada por ser excessivamente racionalista.

Para o positivismo jurídico, na parte conceitual, há a sustentação da ideia de que o direito é produto de decisões deliberadas e intencionais. Aquelas tomadas pelos cidadãos que ocupam funções públicas que tencionam, por meio de decisões, modificar a comunidade com base na obediência geral às regras criadas por suas próprias decisões. Na parte normativa, a teoria recomenda decisões baseadas em tais planos, pois se pressupõe serem cidadãos habilitados, conhecedores e virtuosos o suficiente para proferir eficientemente decisões em condições de substancial incerteza, em meio a comunidades complexas.

As críticas proferidas ao individualismo e ao racionalismo da teoria dominante são frequentemente associadas, nas discussões políticas, as posturas de “esquerda”. Sustentam que o formalismo próprio do positivismo jurídico força os tribunais a dispensar uma justiça substantiva mais intensa²⁸ em favor de uma deficitária justiça processual. Sustentam

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XII.

²⁸ O que significaria um atentado às políticas sociais conservadoras.

ainda, a ideia de que o utilitarismo econômico promove consequências injustas, perpetuando a pobreza como meio para a promoção da eficiência. E denunciam a deficiente teoria da natureza humana que define os indivíduos como meros “*átomos auto-interessados*” da comunidade, desconsiderando-os como pessoas, seres inerentemente sociais, cujo sentido comunitário está intimamente associado ao sentido de sua própria identidade.

No entanto, não é somente a postura política de esquerda a criticar o racionalismo e o individualismo da teoria dominante. Para alguns autores associados às políticas de “direita”, como Edmund Burke, o verdadeiro direito de uma coletividade não é somente constituído por decisões deliberadas, mas igualmente pela moral costumeira e difusa, fortemente influenciadora dessas decisões. Na verdade, para essa corrente, o utilitarismo econômico é excessivamente insistente ao afirmar que as decisões deliberadas contrárias à moral convencional podem aumentar o bem-estar da coletividade. Esses autores sustentam a ideia de que as regras mais apropriadas para a promoção do bem-estar comunitário surgem da experiência da coletividade, apenas dela. Por isso, é necessário confiar mais na cultura social estabelecida que na estrutura monumental da sociedade utilitarista, a qual despreza a contribuição da própria história.

Para Dworkin, há um ponto em comum tanto entre a oposição de esquerda quanto a de direita. Ambas concordam em condenar a teoria dominante por sua principal e excessiva preocupação com o destino dos cidadãos enquanto cidadãos. A ideia de direitos individuais resume-se a um câncer que a teoria dominante sofre, e nada mais.

2.5. O DÉFICIT DA TEORIA DOMINANTE

Na verdade, embora essas críticas sejam diferentes entre si, nenhuma delas põe em dúvida um aspecto predominante e específico da teoria dominante. Não argumentam que a presente teoria é deficitária

porque não aceita a ideia de que os cidadãos podem ter direitos contra o Estado, direitos anteriores àqueles criados pela própria legislação explícita.

(...) O positivismo jurídico rejeita a ideia [sic] de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a ideia [sic] de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a ideia [sic] de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral²⁹.

Dworkin defende a ideia de que os direitos individuais são, por isso mesmo, instrumentos políticos que os cidadãos possuem. Eles detêm direitos quando, por determinada razão, um objetivo coletivo não se sustenta por si só como justificativa suficiente para negar-lhes o que, como cidadãos, desejam ter e fazer, ou, ainda, quando a justificativa do objetivo comum é insuficiente para impor-lhes alguma perda ou dano.

Essa ideia exige o estabelecimento de distinções entre os diversos tipos de direitos que os cidadãos possuem. Cabe aqui citar a distinção mais importante, aquela que se refere às duas formas de direitos políticos: os preferenciais e os institucionais. Os primeiros dizem respeito àqueles direitos que, embora considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões coletivas como um todo. Os segundos são aqueles que prevalecem contra as decisões tomadas por uma instituição.

Para a tese dworkiniana, os direitos jurídicos são uma espécie particular de um direito político, ou seja, de um direito institucional a uma

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XIV.

decisão de um tribunal. Para a visão positivista do direito os indivíduos somente possuem direitos jurídicos se estes tiverem sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. Visão obviamente criticável.

2.6. UMA TEORIA CONCEITUAL ALTERNATIVA

Ao sugerir uma teoria conceitual alternativa, Dworkin sustenta que os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. Podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, inclusive em casos difíceis - ocasião em que não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas em favor de uma ou outra parte.

Para o referido autor, essa compreensão alternativa possibilita vencer aquele argumento de que a parte normativa e conceitual de uma teoria do direito seriam inequivocadamente independentes, quase que de forma invencível. Cria-se uma ponte entre as partes normativa e conceitual na teoria alternativa.

Surge a possibilidade de uma teoria normativa da decisão judicial que enfatizaria a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política, defendendo a ideia de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios seriam compatíveis com os princípios democráticos.

CAPÍTULO III

O PROBLEMA CRUCIAL
E O BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DO DIREITO

3.1. O PROBLEMA CRUCIAL DA TEORIA DO DIREITO: OS PRINCÍPIOS MORAIS

Ronald Dworkin sustenta que o fracasso das diversas abordagens sobre a teoria do direito está relacionado ao fato crucial de que elas ignoram que os problemas da teoria do direito são, na verdade, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou a fatos jurídicos. Uma teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas de teoria moral.

Para o professor Herbert L. A. Hart, considerado um dos mais respeitados articuladores sistemáticos do positivismo jurídico, o fato de o direito incorporar juízos morais do homem comum é uma preliminar necessária para a avaliação crítica tanto do direito como da moralidade popular sobre a qual ele se assenta.

Para uma crítica inteligente precisa-se ter clareza sobre qual juízo ou prática moral o direito reflete. Após se ter essa clareza, precisa-se de outro passo: perguntar se essa prática ou juízo é sensato, bem fundado ou coerente com outros princípios que o direito alega servir.

Segundo Dworkin, o erro de Hart consiste em deduzir dessa maneira a teoria da responsabilização moral; Hart confunde duas razões pelas quais a violação da lei pode ser moralmente errada: pode ser errado violar uma lei porque o ato que a lei condena é errado em si mesmo; ou pode ser errado porque a lei o proíbe (mesmo que o ato condenado não seja errado em si mesmo).

Daí não se segue que uma pessoa seja moralmente responsável todas as vezes que fizer algo que a lei proíbe. Pode não ser responsabilizado porque a lei é tão iníqua ou injusta que deixou de existir a obrigação moral de obediência à lei. Ou ainda, ela pode não ser responsabilizada porque o seu ato foi praticado acidentalmente ou inadvertidamente, ou por que tinha uma doença mental e, sendo assim, não era responsável por sua conduta.

Dessa forma, surge uma constatação importante: a de que o direito deve tratar o ser humano como fim e não como meio. Trata-se do princípio do tratamento com respeito e dignidade.

Para Hart, necessita-se enfatizar os princípios morais que agem como constrangimento sobre o direito, em lugar de citar os objetivos conflitantes do direito. O argumento deveria concentrar-se em doutrinas jurídicas que estão assentadas nas tradições de cada povo para apoiar a alegação de que a sociedade não tem direito de, por exemplo, interrogar um homem sem seu advogado, pouco importando se isso beneficia ou não a maioria.

O princípio citado por Hart de que o governo deve mostrar o mínimo de respeito até mesmo pelos criminosos que estão sendo acusados e tratá-los antes como seres humanos do que como oportunidades (de prevenção do crime), se baseia no direito de, como indivíduo, ser tratado com igual respeito.

3.2. QUESTÕES RELATIVAS A UMA TEORIA DO DIREITO

Na verdade, os juristas, ao tecerem argumentos em favor de uma causa, seja para aconselhar aqueles que os consultam, ou para redigir projetos de leis com objetivos sociais, não raras vezes, veem-se diante de problemas técnicos quanto ao tipo de argumento ou prova que é relevante desenvolver. Outras vezes, o problema não é técnico neste sentido, mas o é quanto ao modo de proceder. Um exemplo seria o problema ético enfrentado quando um jurista se questiona não se uma lei particular tem eficácia, mas se ela é equânime. Ou ainda quando ao tentar descrever a lei por meio de conceitos obscuros, os juristas acabam por defrontar-se com as perplexidades conceituais geradas pela falta de clareza e objetividade.

Observa-se que não há clareza quanto ao modo de resolver controvérsias conceituais como essas, pois extrapolam as técnicas costumeiras dos juristas na prática do direito. Inclusive, essas questões

relativas ao direito, encontram contundentes discordâncias entre os próprios juristas quanto à importância ou não em resolvê-las.

3.3. A TESE DA ABORDAGEM PROFISSIONAL

Houve um tempo em que a abordagem predominante na teoria do direito nos Estados Unidos e na Inglaterra era a chamada abordagem profissional. Os juristas que se dedicavam à problemática da teoria do direito reconheciam que essas questões não eram passíveis de exames por meio de técnicas jurídicas comuns. Propunham-se a enfrentar as dificuldades selecionando aspectos das questões que podiam ser examinados com tais técnicas, mas ignoravam o resto. Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais extraíndo dessas fontes oficiais uma doutrina jurídica. São treinados para analisar situações factuais complexas com o objetivo de resumir os fatos essenciais. Treinados para pensar em termos táticos, para conceber leis e instituições jurídicas que produzam mudanças sociais, previamente decididas. No entanto, a abordagem profissional da teoria do direito mostrou-se insuficiente, uma vez que deixava intocadas as questões de princípio existentes no direito e tão essenciais no desenvolvimento de uma satisfatória teoria geral do direito.

Torna-se compreensível esta crítica dworkiniana à abordagem profissional na medida em que se compreende o posicionamento histórico da teoria do direito em meados do século passado.

3.4. BREVE HISTÓRICO DA TEORIA DO DIREITO

3.4.1. A teoria analítica

Na Inglaterra os manuais dedicavam-se a uma teoria analítica do direito na qual os ingleses a distinguiam de forma criteriosa da chamada "*teoria ética do direito*", ou seja, do estudo do que deve ser o direito. A

teoria analítica do direito era concebida como a elaboração atenta do significado de determinados termos (como “posse”, “infração legal”, “propriedade”, “lei”, etc). Termos fundamentais para o direito, pois são aplicáveis aos mais diversos ramos da doutrina jurídica.

Os manuais ingleses enfrentaram esses conceitos não através da elucidação de seu significado na linguagem ordinária, mas utilizando métodos doutrinários convencionais para demonstrar seu significado especificamente jurídico, tal como revelado na jurisprudência e nas leis escritas. Estudavam os votos e pareceres dos juízes e expertos legais e deles extraíam sumários de várias regras e doutrinas jurídicas nas quais esses conceitos problemáticos apareciam, mas pouco faziam para relacionar essas regras com os múltiplos juízos não-jurídicos que o leigo faz sobre infrações legais, posse, etc³⁰.

Entretanto, se se perguntar por que os juristas refletem a respeito desses conceitos chegar-se-á à conclusão de que a forma como o fazem e a maneira conceitual como se dedicam a esta reflexão, esta dedicação doutrinária, parece irrelevante.

Um jurista preocupa-se com o conceito de infração legal não porque ele tenha consciência da maneira como os tribunais utilizam o termo, ou devido às regras que determinam quais são as infrações legais, mas porque ele usa o conceito não-jurídico de infração para justificar ou criticar a lei. O jurista crê ser moralmente errado punir um cidadão por infração que ele não concorreu na prática. O jurista pretende saber se a lei ofendeu o princípio moral, se conhece bem os fatos da doutrina jurídica, mas não sabe objetivamente se os fatos colidem com o princípio.

Para Dworkin, essas questões solicitam uma análise do conceito moral de infração e não um conceito legal do qual o jurista já é conhecedor; entretanto, é precisamente o uso moral do conceito que a abordagem doutrinária da teoria do direito inglês ignorou.

³⁰ Ibid, p. 05.

3.4.2. A teoria do realismo jurídico

Já os antecedentes da teoria do direito norte-americano dedicaram-se a um tema que a versão inglesa negligenciou. Como os tribunais decidem as ações judiciais difíceis ou controversas? Os tribunais norte-americanos desempenharam papel mais amplo que os tribunais ingleses na reformulação do direito frente às necessidades oriundas da industrialização do século XIX.

A Constituição americana transformou em questões legais problemas que na Inglaterra eram questões apenas políticas como, por exemplo, a discussão se a legislação sobre o salário mínimo era justa ou não. Para os ingleses tratava-se de um tema político, enquanto para os americanos tratava-se de um tema constitucional, ou seja, jurídico. Isso pressionou os juristas americanos a fornecer uma descrição mais exata das decisões que os tribunais tomavam, tornando-as objetivamente justificáveis. A exigência tornava-se mais contundente quando os tribunais pareciam estar criando direito novo e politicamente controverso em vez de uma simples aplicação do direito antigo, conforme exigência da teoria jurídica ortodoxa.

No princípio deste século, o movimento intelectual chamado de "*realismo legal*" desferiu poderosas críticas à doutrina ortodoxa segundo a qual competia aos juízes apenas aplicar as regras existentes.

Esse movimento argumentava que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito descrevendo que os juízes somente tomavam decisões concentrando-se nas regras que eles mencionavam em suas decisões. Trata-se de um erro, pois na realidade os juízes tomam suas decisões de acordo com suas próprias preferências políticas ou morais, escolhendo uma regra jurídica apropriada apenas para justificar sua racionalização.

Para os realistas, se faz necessária uma abordagem "*científica*" que se fixe naquilo que os juízes fazem e não naquilo que dizem

(racionalizam), bem como no impacto real que suas decisões causam na comunidade.

A linha principal da teoria do direito norte-americano seguiu essa exigência de realismo e evitou a abordagem doutrinária dos textos ingleses. Ela enfatizou as duas outras habilitações profissionais – a capacidade dos juristas de reunir e organizar fatos e de elaborar táticas para a mudança social³¹.

3.4.3. A teoria sociológica e instrumentalista do direito

A ênfase nos fatos gerou a denominada "*teoria sociológica do direito*", um estudo criterioso das instituições jurídicas enquanto processos sociais. Essa abordagem, pelo método e o preparo específico, transferiu-se ao domínio dos sociólogos.

A ênfase nas táticas ganhou mais espaço no estudo da teoria do direito. Insistia-se na importância de se considerar o direito como um instrumento capaz de conduzir a certos objetivos amplos e tentou-se responder instrumentalmente a questões relativas ao processo judicial, ao se perguntar que soluções melhor promoveriam aqueles objetivos.

Contudo, tanto a ênfase nos fatos (sociólogos) como nas táticas (instrumentalistas) terminou por distorcer os problemas de teoria do direito exatamente através da eliminação daquelas questões relacionadas com os princípios morais que formam o seu núcleo. Isso se torna evidente quando se examina o problema central que sociólogos e instrumentalistas discutiram: os juízes sempre seguem regras mesmo em casos difíceis e controversos? Ou há vezes em que criam novas regras e as aplicam de forma retroativa?

Na verdade, a dificuldade dos juristas está em definir com clareza o que significa o conceito "*seguir regras*". Nos casos simples parece fácil e correto afirmar que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso. Mas é possível afirmar com mesma segurança que esta regra

se aplique nos casos em que a Suprema Corte (americana) derrube um precedente e declare ilegal algo que durante décadas os tribunais vinham adotando como a decisão correta?

Nesses casos difíceis a Suprema Corte apresenta razões (não cita leis escritas) ou apela para princípios de justiça e política pública. Mesmo assim, dever-se-ia perguntar de onde vêm essas regras abstratas e o que as torna válidas e aplicáveis. Poder-se-ia ainda perguntar: a Suprema Corte não estaria decidindo casos difíceis de acordo com suas próprias convicções morais e políticas?

Ora, tanto o cidadão comum como os juristas sabem que os juízes detêm poder político. Por isso, estão preocupados em saber se esse poder é justificável, seja em casos particulares ou gerais. A questão não é a de saber se a justificação é razoável para os casos fáceis, mas, sim, se a mesma se estenderia aos casos difíceis.

Para Dworkin, a questão da justificação é complexa, afetando não somente a extensão da autoridade judicial, mas a extensão da obrigação moral e política do cidadão de obedecer à lei criada.

Apresentei detalhadamente essas implicações para mostrar que aqui, como no caso do conceito de infração legal, existem controvérsias relativas a princípios morais que subjazem a um problema aparentemente lingüístico. Os críticos do direito aceitam (...) o princípio de que uma decisão judicial é mais equânime quando ela representa a aplicação de padrões estabelecidos, em vez da imposição de novos padrões. Mas eles não têm clareza a respeito do que conta como uma aplicação dos padrões estabelecidos e expressam essa incerteza perguntando se, pelo menos em algum sentido, os juízes estão realmente seguindo regras, mesmo nos casos inusitados. A teoria do direito deveria responder a essa preocupação explorando a natureza da argumentação moral, tentando esclarecer o princípio de equidade

³¹ Ibid, p. 07.

que os críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente esse princípio³².

Entretanto, nota-se, que a teoria do direito norte-americano não se justificou nesse sentido. Os próprios sociólogos rejeitaram a idéia de aplicar-se sobre o conceito de "*seguir regra*" alegando impropriedade de método, uma vez que o termo é excessivamente vago para ser estudado experimental ou mesmo quantitativamente.

Na verdade, os juristas não necessitam da comprovação de que os juízes divergem entre si e que suas decisões com relativa frequência refletem sua formação e seu temperamento (pois isso é notório). O que os juristas estão confusos é em saber o que isso significa, isto é, o que significa que os juízes diverjam no tocante à natureza e ao núcleo dos princípios fundamentais ou se isso demonstra que não existem princípios.

É indubitável que os juristas igualmente não possuem certeza em qualquer das alternativas citadas, se o fato da divergência deve ser lamentado, acolhido como inevitável ou recebido como dinâmico, e de que modo tudo isso se associa às questões essenciais que eles costumam enfrentar, como aquelas da obrigação política e a da aplicação da lei. Entretanto, ao reformular a questão, a abordagem sociológica eliminou aqueles aspectos que eram relevantes a esses temas.

3.4.4. A teoria instrumental do "pós-realismo"

Uma corrente instrumental chamada de "pós-realismo" igualmente reformulou a questão, sugerindo que as questões conceituais a respeito de regras pudessem ser contornadas: como deveriam os juízes chegar às suas decisões a fim de atender da melhor maneira possível os objetivos do processo judicial?

³² Ibid, p.09.

Contudo, a tentativa revelou-se fracassada, pois restou demonstrada a impossibilidade de estabelecer os objetivos do processo judicial sem que esses problemas reaparecessem em momento posterior.

3.4.5. A teoria economicista do direito

Poder-se-ia ainda defender que a lei seria economicamente mais eficiente se os juízes fossem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões. No entanto, isso não responde a questão de saber se é justo que os juízes procedam assim; nem que seria uma boa razão para mudar regras baseando-se nesse critério. Na verdade, não se poderiam decidir questões desse tipo por meio de uma análise que associasse os meios aos fins.

3.5. CONSTATAÇÃO CRUCIAL

Percebe-se que as distintas correntes da teoria do direito, aqui analisadas, não obtiveram sucesso, pois ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria de direito estão relacionados essencialmente a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos.

Para Dworkin, essa constatação justifica a importância e o sucesso da filosofia de Herbert L. A. Hart - filósofo moral com instinto para problemas de princípios e rara lucidez para descrevê-los. No seu livro *O Conceito de Direito*, Hart levanta a questão sobre os juízes seguirem regras, e o fez de tal forma que tornou objetiva a conexão entre essa questão e o problema da moral (se é próprio para um homem impor a outro uma obrigação moral).

Hart ainda refletiu acerca das regras convencionalmente utilizadas ao produzir e criticar argumentos sobre a obrigação moral, bem como sustentou que os juízes seguem quase as mesmas regras nos raciocínios sobre a obrigação jurídica. Segundo Ronald Dworkin,

(...), Hart não se contenta apenas em explicitar o direito mostrando como ele incorpora os juízos morais do homem comum. Considera esse tipo de análise como uma preliminar necessária para a avaliação crítica tanto do direito como da moralidade popular sobre a qual aquele se assenta. Enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não poderemos criticá-lo de forma inteligente. Contudo, assim que tivermos essa clareza, restará ainda perguntar se essa prática ou juízo é sensato, bem fundado ou coerente com outros princípios que o direito alega servir³³.

³³ Ibid, p.13.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DA TESE DO POSITIVISMO JURÍDICO

4.1. A TESE DO POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico pode ser compreendido a partir das seguintes formulações:

1. O TESTE FUNDAMENTAL DE "PEDIGREE" - O direito de uma sociedade é um conjunto de regras especiais usado de forma direta ou indireta por essa mesma sociedade. Esse uso tem o objetivo de definir os comportamentos coagíveis e puníveis pela autoridade. As regras especiais são identificadas e diferenciadas por meio de critérios específicos que poderiam ser chamados de "testes de *pedigree*" os quais são utilizados para a distinção entre as regras jurídicas válidas e aquelas espúrias³⁴, bem como de outras regras sociais (morais) às quais a sociedade obedece sem coação da autoridade.

2. O PODER DISCRICIONÁRIO - O conjunto de regras jurídicas é coextensivo com "o *direito*". Se houver casos que estão descobertos (sem cobertura) pela regra, esses casos não podem ser decididos por meio da "aplicação do *direito*". Deve ser decidido pela autoridade como se um juiz, utilizando sua discricionariedade (discernimento pessoal), pudesse ir "além do *direito*" para o alcance de algum outro tipo de padrão que norteie a construção de nova regra jurídica ou que ajuste ao caso uma já existente.

3. A REGRA FUNDAMENTAL (Regra de reconhecimento) - O conceito de obrigação jurídica significa dizer que sua existência exige que determinado caso seja enquadrado em uma regra jurídica válida que condicione alguém a se abster ou a fazer alguma coisa. Inexistindo regra jurídica válida inexistente obrigação jurídica. Conseqüentemente, quando um juiz decide matéria controversa exercendo seu poder discricionário, não está fazendo valer direito jurídico equivalente à controvérsia.

³⁴ Aquelas em que os advogados e litigantes argumentam equivocadamente como se fossem regras de direito.

4.2. ANÁLISE SOBRE AS DIFERENTES FORMULAÇÕES POSITIVISTAS RELATIVAS AO TESTE FUNDAMENTAL

Estas formulações citadas acima constituem um núcleo básico comum entre os positivistas. Entretanto, há de se notar a existência de diferentes formulações quanto à descrição do “*teste fundamental de pedigree*” que as regras necessitam cumprir para que possam ser consideradas regras jurídicas.

4.2.1. A Versão do positivista John Austin

O filósofo John Austin, por exemplo, formulou sua versão do teste fundamental afirmando que um cidadão possui uma obrigação quando está subsumido a uma regra, como uma ordem de caráter geral. E essa ordem apresenta-se como uma expressão da vontade de outros cidadãos em comportarem-se semelhantemente àquele modo particular. Esta vontade é sustentada pelo poder e pelo desejo de fazer valer essa expressão em caso de desobediência.

Austin estabeleceu uma distinção entre as classes de regras, sustentado a afirmativa da existência de regras morais, jurídicas e religiosas. Fez esta distinção de acordo com a autoridade ou o grupo que seria o autor da ordem geral que a regra representaria. Ocorre que para Austin, em cada sociedade política há um soberano (pessoa ou grupo) ao qual os demais cidadãos obedecem, e que, por outro lado, não possui o hábito de obedecer a ninguém. Assim, as regras de uma sociedade política seriam ordens de caráter geral apresentadas por um soberano. Da mesma forma, um cidadão possuiria uma obrigação jurídica se ele se encontrasse entre uma ordem de caráter geral do soberano e o risco de sanção em caso de desobediência.

Como não pode o soberano antecipar todas as situações por meio de um sistema de ordens, alguns dispositivos de regras serão vagos e pouco objetivos. O que se torna compreensível. Nestes casos, ou de situações

inéditas ou problemáticas, ele confere aos juízes “*poder discricionário*” para criarem novas regras ou as adaptarem adequadamente às antigas. Cabe ao soberano anular tais criações e adaptações ou as confirmar de forma tácita.

Este modelo simples e compreensível de Austin, no qual o direito seria um conjunto de regras especialmente escolhidas para reger a sociedade política (ordem pública) e para o qual bastaria um teste factual simplificado (qual a ordem do soberano?) para verificação e identificação das regras especiais, formularam-se duas objeções principais, que se passa a analisar.

4.2.2. Objeções à argumentação de Austin

Na primeira delas, o pressuposto crucial de que há em cada sociedade determinado grupo ou instituição que, em última instância, controlaria os demais grupos, torna-se inaplicável em um país pluralista, com relações mutáveis e elevado grau de complexidade, pois, com frequência, seria impossível identificar o soberano responsável exclusivo pelo controle social na perspectiva de Austin.

Na segunda objeção, observa-se que a análise de Austin torna-se falha na medida em que não oportuniza saber qual a real distinção entre as ordens de um chefe de quadrilha de bandidos, por exemplo, e aquelas oriundas do direito. Qualquer cidadão sente a diferença entre os rigores da lei e suas sanções na medida em que a forma de sua obrigatoriedade não se constitui na mesma forma de rigores e sanções impostas por um criminoso. Não oportuniza espaço para tal distinção, porque na visão do referido filósofo, uma obrigação é definida como sujeição à ameaça da força, fundamentando a autoridade do direito totalmente na capacidade e no desejo do soberano de provocar sanções e danos àqueles que lhe desobedecem.

4.2.3. A versão do positivista Herbert L. A. Hart

A versão positivista de Hart configura-se de maneira diversa da de Austin por ser mais complexa do que a deste. Diferentemente, Hart reconhece que as regras podem ser “*tipos lógicos*” diferentes. Para ele, há dois tipos de regras, a saber, as “*primárias*” e as “*secundárias*”³⁵ (distinção abordada no capítulo I).

Outra diferença entre Austin e Hart está na rejeição da teoria Austiniana, na qual seriam as regras uma espécie de ordem. Em vez disso, Hart faz uma análise mais elaborada e geral do que seriam as regras. Estas diferenças fundem-se na concepção de direito de Hart.

Na análise geral das regras de Hart não há espaço para a argumentação de Austin segundo a qual a regra seria uma ordem de caráter geral e o cidadão estaria submetido a uma regra devido à possibilidade de sofrer sanção em caso de desobediência. Esta visão dificulta a diferença entre *ser “compelido a fazer algo”* e *“ser obrigado a fazê-lo”*.

Para Hart, quando um cidadão está sob o império de uma regra, está muito mais que compelido, pois está obrigado a cumprir o que ela impõe. Ora, estar submetido à regra torna-se diferente de estar sujeito a um dano em caso de desobediência da ordem, já que há diferença entre regra e ordem.

Uma regra é *normativa*. Ela estabelece um padrão de comportamento que impera sobre os submetidos muito além da ameaça de sanção para que seja obedecida. A regra não se torna obrigatória mediante a vontade imposta pela força física de um indivíduo (ou mesmo instituição). Ele (indivíduo ou instituição) precisa ter autoridade para promulgar determinada regra. Caso contrário, não será regra.

Essa autoridade pode vir de outra regra que, sendo já anteriormente obrigatória para todos aqueles a quem o indivíduo se dirigiu, lhe confere

legitimidade. Nisso consiste a diferença entre uma lei válida e uma ordem de um chefe de quadrilha no exemplo de Hart.

Segundo a tese hartiana, existem duas fontes para a autoridade de uma regra³⁶:

1. Uma regra passa a ser obrigatória quando, pela própria prática de determinado grupo, ele aceita-a como um padrão de conduta. Contudo, é preciso muito mais que um simples ajustamento do grupo a um padrão de conduta; é necessário que a regra seja reconhecida pelo grupo como sendo obrigatória e como razão suficiente para a intimidação dos que não a cumprem.

2. E, ainda, uma regra pode ser obrigatória quando ela for promulgada de acordo com outra regra secundária que estipule sua obrigatoriedade. Neste caso, estamos a falar das denominadas “*regras válidas*”. Assim, uma regra passa a ser obrigatória ou porque ela é aceita ou por ela ser válida.

As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias, e essas obrigatórias tão-somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que essas comunidades tenham um “direito”, pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a idéia [sic] de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a idéia [sic] de direito³⁷.

³⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 89ss.

³⁶ Ibid, pp. 97ss.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33.

Esta regra secundária fundamental é denominada por Hart como "*regra de reconhecimento*". Ela pode ser simples³⁸ ou complexa³⁹. Inclusive a demonstração de que uma determinada regra pode ser válida pode exigir como requisito o apoio de uma complexa rede de validade que começa nessa regra determinada e vai até alcançar a regra fundamental.

A regra de reconhecimento é a última instância. Por isso, não pode satisfazer os testes determinados por uma regra ainda mais fundamental. Em um sistema jurídico, a regra fundamental é a única em que sua obrigatoriedade depende de sua aceitação. E não se confunde, de modo algum, com as regras de moralidade da comunidade, pois ela é identificada pelo fato de seu domínio de aplicação estar relacionado com o funcionamento interno do Estado⁴⁰.

Percebe-se que as críticas de Hart a Austin recompõem os princípios estruturantes do positivismo, em superação àquele tradicional.

Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão-somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental. Esse plano legitima as decisões do governo e lhes confere a forma e o caráter de obrigação que faltava às ordens cruas do soberano de Austin⁴¹.

³⁸ Constitui-se como lei aquilo que o "soberano" (restritamente o rei) decreta.

³⁹ Constitui-se como lei aquilo que a "Constituição" (leia-se aqui a Constituição dos EUA) decreta. A complexidade está nas dificuldades de interpretação da Carta Magna americana.

⁴⁰ Leia-se, aqui, o aparato estatal formado pelo poder legislativo, judiciário, tribunais, órgãos públicos, delegacias, etc.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34-35.

Em sua teoria, Hart reconhece que distintas sociedades podem utilizar distintos testes jurídicos de última instância e que algumas aceitam muitos outros meios diversos⁴² de criação de direito além dos decretos legislativos, meios simultâneos e subordinados, é claro, ao teste de legislação, enquanto Austin não prevê esta possibilidade.

4.3. CONSTATAÇÃO SOBRE AS VERSÕES DE HART E AUSTIN

A versão positivista do direito elaborada por Hart mostra-se mais complexa que a de Austin, bem como o teste para a validade das regras de direito é mais elaborado pelo primeiro autor do que pelo segundo. Contudo, essas constatações não impedem de reconhecer uma similaridade entre os dois modelos positivistas. Ambos reconhecem as regras jurídicas como possuidoras de limites imprecisos e passam, por isso mesmo, a explicar as peculiaridades dos casos complexos e difíceis (problemáticos) por meio do reconhecimento e do exercício do poder discricionário dos juízes para a decisão desses casos.

⁴² Leia-se: as 'práticas costumeiras antigas' e a 'relação de uma regra com as decisões judiciais' (concepção de Hart).

CAPÍTULO V

CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

5. CRÍTICA AO POSITIVISMO ELABORADA POR DWORKIN

5.1. AS REGRAS, OS PRINCÍPIOS E AS POLÍTICAS

Dworkin articula uma crítica ampla contra o positivismo e a faz atacando a versão de H. L. A. Hart. Sua tática organizou-se em torno do fato de que os juristas recorrem a padrões que não operam como regras, mas como princípios, políticas e outras espécies de padrões, quando raciocinam a respeito de direitos e obrigações jurídicos, em especial nos casos difíceis.

Em sua crítica, Dworkin concebe o positivismo de Hart como um “*modelo de e para um sistema de regras*”. E que sua noção principal de um único teste fundamental para o direito impede e ignora a desenvoltura importante de papéis desempenhados por padrões que não são regras.

A tese dworkiniana utiliza o termo “*princípio*” de forma bem genérica para indicar esse conjunto de padrões que não são regras. No entanto, de forma eventual, o autor o adota de maneira precisa estabelecendo uma distinção entre princípios e políticas.

5.2. O CONCEITO DE POLÍTICA E DE PRINCÍPIO

Por “*política*” entende-se como sendo um tipo de padrão que objetiva alcançar, de modo geral, melhorias nos aspectos econômico, político e social de uma determinada sociedade. Já por “*princípio*” entende-o como sendo uma espécie de padrão que deve ser observado mais por ser uma condicionante de justiça ou equidade, ou ainda de uma dimensão moral, do que uma condicionante importante para promover as melhorias econômicas, políticas ou sociais.

Essas distinções são importantes na crítica de Dworkin, pois podem provocar a ruína de sua análise se interpretadas de forma confusa como tomar uma “*política*” por “*princípio*” ou ao contrário.

5.3. A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O objetivo de Dworkin é distinguir princípios (considerados de forma genérica, ou seja, como conjunto de padrões que não são regras) das regras. De fato, princípios jurídicos não são regras jurídicas.

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁴³.

Essa disposição da regra jurídica para “*o tudo ou nada*” é uma característica importante. Determina a validade ou não daquilo que a regra dispõe. No entanto, as regras possuem exceções e todo enunciado delas para ser completo deve contê-las não importando quão numerosas sejam as exceções (ao menos em teoria).

Essa circunstância já não ocorre com os princípios jurídicos. Mesmo que sejam muito semelhantes às regras jurídicas, eles não apresentam de forma tão pragmática as consequências que se seguiriam, quase que naturalmente, por força de um enunciado disposto por uma regra jurídica. Não cabe aqui o “*tudo ou nada*”, o “*válido ou não válido*”.

Tomar-se-á um exemplo para ilustrar a argumentação. Tem-se o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. No entanto, é perfeitamente possível, comum e legal, que alguém se beneficie de seus atos jurídicos ilícitos. É o caso do instituto do direito civil chamado “*usucapião*”.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

Nos princípios jurídicos não cabe a figura da exceção como no caso das regras jurídicas. Até porque nas regras jurídicas as exceções tornam-se aplicáveis no mesmo teor que a regra jurídica geral (é válida ou não é válida, ponto). Já nos princípios jurídicos não há condições estabelecidas que tornem necessária a aplicação daquilo que o princípio dispõe. Ele enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, necessitando ainda de uma decisão particular.

Dworkin alerta para a possibilidade da existência de outros princípios e políticas que poderão argumentar em outra direção. Isso indica que um princípio pode não prevalecer, dada a relevância conjetural de outro princípio. Contudo, isso não significa dizer que não se trate de um princípio do sistema jurídico ou que ele esteja fora do sistema. O que ocorre é que há considerações que, ou se tornaram ausentes, ou perderam força diante das situações de escolha. Enquanto uma regra jurídica inválida está fora do sistema jurídico, os princípios permanecem com maior ou menor força; inclusive eles podem coexistir concomitantemente, ao passo que uma regra jurídica válida não coexiste com uma inválida.

Dessa forma, afirmar que um princípio particular é parte do direito (e sendo ele relevante) significa sustentar a tese de que ele deve ser levado em consideração pela autoridade como uma razão que inclina a decidir nesta ou em outra direção.

Outra diferença relevante entre princípios jurídicos e regras jurídicas é da dimensão do peso (ou da importância) que os primeiros possuem e as segundas não. Quando os princípios se enfrentam, a autoridade que decide vai levar em consideração a força relativa de cada um deles. Embora essa consideração não seja exatamente mensurável e a escolha de um princípio baseado em sua maior relevância seja objeto, mesmo assim, de controvérsia, não se pode negar que a dimensão do peso faz parte integrante do conceito de um princípio.

Já no caso das regras cabe perguntar-se se são funcionalmente importantes ou não importantes. A regra pode ser mais importante do que

outra por desempenhar um papel maior ou mais importante na regulação de determinado comportamento. Contudo, quando uma regra entra em conflito com outra, não se pode dizer, a exemplo dos princípios, que uma suplante a outra, pois quando duas regras entram em conflito uma delas não é válida.

Para Dworkin, uma decisão que determine qual delas é válida e qual deverá ser abandonada ou reformada deve ancorar-se em considerações que vão além das próprias regras⁴⁴.

Uma dificuldade que se apresenta nesta conjuntura é a de que nem sempre a forma de um padrão deixa claro se ele é objetivamente um princípio ou uma regra⁴⁵. E a distinção entre ambas nem sempre é fácil em um sistema jurídico. O que não impede de perceber que, por outro lado, regras e princípios também, em determinados casos, poderão ser tão semelhantes que a diferença torna-se apenas uma questão de forma⁴⁶.

⁴⁴ Um sistema jurídico pode regular os conflitos entre regras de duas maneiras: por meio de outras regras que deem precedência ou à regra promulgada pela mais alta autoridade, ou à regra mais recente, ou a mais específica ou por meio semelhante; ou ainda por meio da regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (o sistema jurídico americano usa as duas maneiras).

⁴⁵ Exemplo: a forma [*um testamento é inválido, salvo se for assinado por três testemunhas*] pouca diferença tem da forma [*um homem não pode beneficiar-se da ilicitude de seus atos*]. Somente quem conhece o direito americano poderia saber com clareza que a primeira forma é expressão de uma regra enquanto a segunda forma é expressão de um princípio. (Dworkin, p. 43: 2002).

⁴⁶ Exemplo: a afirmação de que *será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio* deve ser tratada como uma regra, segundo os termos de sua disposição formulativa [anulando conseqüentemente todos os contratos *que proibirem comércio* – caso que a Suprema Corte americana precisou decidir], ou deve ser tratada como um princípio fornecedor de uma *razão* para a anulação de um contrato, na ausência de políticas contrárias em vigor. No caso em tela, a Suprema Corte interpretou o exemplo como uma regra, mas tratou-a como se ela contivesse a expressão *não razoável* e como se proibisse apenas *a proibição de comércio não razoável*, o que permitiu que tal exemplo funcionasse, logicamente, como regra e, substantivamente, como princípio.

Tome-se um exemplo: na expressão “*será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio*”, a Suprema Corte americana precisou decidir se esta questão tratava-se de uma regra ou de um princípio. A interpretação tratou-a como uma questão de regra como se no dispositivo houvesse a expressão “*não razoável*”, proibindo, assim, “*todo o comércio não razoável*”. Do ponto de vista lógico, tem-se uma regra – cada vez que um caso de proibição de comércio não razoável se apresentar em um tribunal ele deve considerar este contrato inválido. Já do ponto de vista substantivo, tem-se um princípio – cada vez que um caso desses se configurar o tribunal deve levar em consideração outros princípios e políticas antes de determinar se é cabível no caso particular uma proibição ou uma autorização.

Observe-se que o uso de termos como “*não razoável*” presta-se a essa dupla função. Uma regra assim disposta necessariamente faz com que sua aplicação dependa de uma análise principiológica, pois se faz necessário uma aplicação de princípios e políticas que ultrapassam a própria regra.

Isso não significa que a utilização de termos como “*não razoável*”, “*negligente*” ou “*injusto*” transforme a regra em princípio. Ocorre que sua utilização exige um processo avaliatório mais exigente e atento, principalmente quando esses termos não estão explícitos na regra.

Em um caso no qual haja a consideração de princípios e políticas sugerindo que um contrato deva ser reconhecido legalmente mesmo que haja proibição não razoável, a implementação de tal contrato teria que ser proibida em virtude da regra e, para ser permitida, somente no caso de abandono ou de modificação da regra. Entretanto, se estivéssemos lidando com um princípio ou uma política (em vez de uma regra) contrário ao cumprimento de contratos não razoáveis, sugerindo o não vigoramento

Quando a uma regra se acrescenta expressões como “*não razoável*”, isso faz com que sua aplicação dependa de princípios e políticas que extrapolem a própria regra. Tal utilização aproxima e assemelha uma regra de um princípio, embora não a transforme em princípio. (Dworkin, p. 44: 2002).

de tais contratos, esses poderiam ser implementados, mesmo assim, sem qualquer alteração legal (da regra).

5.4. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E OS CASOS DIFÍCEIS E COMPLEXOS

Dworkin aclara a idéia segundo a qual os princípios jurídicos são tipos particulares de padrões diferentes das regras jurídicas. Embora tais princípios estejam à volta da vida cotidiana da comunidade, parecem eles atuar com mais vigor nas questões judiciais difíceis.

Nos casos difíceis tais princípios desempenham um papel importantíssimo sobre os argumentos que sustentam as decisões acerca de obrigações e direitos jurídicos particulares. Uma vez decidido o caso, tal decisão regulamenta uma regra particular. Contudo, essa regra anteriormente não existia. Para resolver o caso, o tribunal adota princípios para fundamentar a aplicação de regra nova ou até mesmo para justificar a aplicação de uma nova interpretação de uma lei já vigente aplicável ao caso.

Não há como negar o importante papel desempenhado pelos princípios jurídicos na justificação e formulação das decisões jurídicas em casos específicos. O que se deveria questionar é que grau de importância tem esse papel desempenhado pelos princípios.

Uma análise do conceito de obrigação jurídica pode ajudar nesse questionamento.

5.5. ANÁLISE DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO JURÍDICA

Dois pontos de vista distintos na análise do conceito de obrigação jurídica são necessários à compreensão deste tema. Ocorre que nestas duas linhas de ataque estão questões que não são apenas verbais a respeito de como se pretende utilizar a palavra "*direito*". São questões relativas à escolha de dois conceitos de um princípio jurídico. Trata-se de

diferentes consequências, de fato enormes, acerca da escolha de qual das abordagens norteará as decisões.

Na primeira abordagem, pode-se tratar os princípios da mesma maneira que as regras. Pode-se afirmar que alguns princípios têm obrigatoriedade de lei. Por isso, os juízes devem levá-los em consideração no momento de tomar suas decisões sobre as obrigações jurídicas. Isso equivale a dizer que o "*direito*" constitui-se de regras e princípios.

Na segunda abordagem, pode-se negar a obrigatoriedade legal dos princípios na mesma intensidade da obrigatoriedade das regras. Isso equivale a dizer que, nos casos difíceis os juízes vão além das regras que eles devem aplicar (que eles devem adotar), significa ir além do "*direito*". Pois, neste caso, o juiz exerce a liberdade de aplicar princípios extralegais, se assim achar conveniente, equilibrado ou apropriado para o exercício da jurisdição.

Neste contexto cabe uma distinção importante em relação à expressão "*adotar uma regra*". Dois sentidos aparecem aqui. Uma pessoa pode "*adotar como uma regra*" fazer algo no sentido de obrigatoriedade ou no sentido de escolha (optou por seguir determinada prática). Dessa forma, aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotá-la como regra, subjetiva, para fazer determinada coisa. Uma coisa é adotar uma regra como forma de ação, outra é estar submetido a essa regra de tal forma que a ação torna-se obrigatória; e, uma vez não a cumprindo sobrevêm a crítica e a censura (estar praticando algo errado). No caso de se adotar uma regra como forma de conduta não exclui a possibilidade de crítica, contudo ela não assume o mesmo teor substantivo de estar obrigado, submetido a uma regra tipicamente jurídica (pois não se está a fazer algo de errado por não se seguir a regra).

Observa-se que essas duas linhas de ataque aos princípios correm de forma concomitante a essas duas abordagens das regras.

Se se tratar os princípios como obrigatórios para os juízes, esses incorreriam em erro quando não os aplicassem aos casos pertinentes. Se se tratar os princípios como razões adotadas pelos juízes para justificar

decisões que vão além dos padrões que os obrigam, os juízes estarão utilizando-se de um poder discricionário (baseando-se em princípios extralegais a sabor da liberdade em relação às condicionantes legais).

A escolha entre estas duas abordagens afeta e determina qual resposta se dará à seguinte questão: nos casos difíceis, o juiz aplica direitos e obrigações jurídicos preexistentes?

Ao adotar a primeira abordagem (obrigatoriedade dos princípios como se fossem regras jurídicas [mesmo teor das regras]), poder-se-ia ainda argumentar que, uma vez que os juízes apliquem padrões jurídicos obrigatórios, estariam igualmente aplicando obrigações e direitos jurídicos. Ao passo que, na segunda abordagem (negação da obligatoriedade legal dos princípios na mesma intensidade da obligatoriedade das regras), se terá abandonado a dimensão dos tribunais de tal maneira que a decisão resultaria ou numa privação ou em um reconhecimento do direito e das obrigações por um ato decisório do juiz, sustentado no seu poder discricionário, à moda não de padrões jurídicos obrigatórios preexistentes, mas *ex post facto*.

CAPÍTULO VI

ANÁLISE E CRÍTICA DA DOCTRINA
DO PODER DISCRICIONÁRIO

6.1. A DOCTRINA DO PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ

Os positivistas adotam a doutrina do poder discricionário do juiz como uma de suas teses fundamentais. Sustentam que, nos casos em que a regra não é clara sobre determinado fato, pode o juiz exercer seu poder discricionário para decidir o caso por meio da modificação interpretativa da lei existente ou da criação de uma nova regra de legislação.

Parece haver uma conexão fundamental entre a doutrina do poder discricionário e a questão de qual das abordagens do capítulo anterior se deveria adotar. Contudo, convém primeiro analisar o conceito de poder discricionário.

6.2. CONCEITO DE PODER DISCRICIONÁRIO

Pode-se com segurança dizer que alguém tem poder discricionário quando este estiver encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma autoridade. Nota-se que o poder discricionário existe como um espaço vazio, mas não ilimitado. É um espaço circundado por restrições. Nesse sentido, não é um conceito absoluto, mas relativo⁴⁷.

Uma observação importante aqui é o esclarecimento de que o exato significado de "*poder discricionário*", assim como a maioria dos termos jurídicos, é afetado pelo contexto de sua aplicação, pelas características peculiares das diversas situações.

Segundo a doutrina positivista do poder discricionário, se um caso não for regido por uma regra preexistente, cabe ao juiz decidi-lo de acordo com sua discricionariedade. Se a regra é clara e vigente, o juiz não possui essa discricionariedade. Está ele vinculado/obrigado à regra estabelecida.

⁴⁷ Relativo no sentido que seria coerente perguntar: Poder discricionário de acordo com que padrões (ou autoridade)?

No entanto, há um questionamento importante a ser feito. Os positivistas sustentam a doutrina do poder discricionário judicial como se esta tivesse alguma incidência sobre a análise dos princípios. Inclusive, Hart argumenta que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não se pode mais falar que ele esteja vinculado a padrões, mas sim a padrões que ele "*tipicamente emprega*"⁴⁸. Com isso, Hart utiliza como base aquela segunda abordagem (negação da obrigatoriedade legal dos princípios na mesma intensidade e teor da obrigatoriedade das regras), na qual os juízes, ao exercerem seu poder discricionário, tratariam os princípios como aquela "*regra no qual podem optar*". Os princípios que eles citam devem ser tratados como aquilo que os tribunais "*têm por princípio*" fazer. Como uma "*razão*" a seguir.

Quando o juiz esgota as regras à sua disposição, possui poder discricionário. Ou seja, não está ele obrigado a qualquer padrão derivado da autoridade da lei, de tal forma que, aqueles padrões jurídicos que não são regras adotadas pelos juízes, não lhes impõem qualquer obrigação no sentido forte das regras jurídicas estabelecidas.

6.3. A ARGUMENTAÇÃO POSITIVISTA ACERCA DA OBRIGAÇÃO DO JUIZ

Três argumentos se impõem: primeiro, um positivista poderia argumentar a falta de obrigatoriedade ou mesmo de vinculação dos princípios. Mas isso não seria possível, pois mesmo sendo questionável se um princípio particular obrigaria uma autoridade jurídica, não haveria nada que dissesse que um princípio não pudesse obrigá-la.

O que Dworkin afirma aqui é que uma regra, ao impor uma obrigação a um juiz, nada mais faz do que afirmar que ele deve segui-la para não cometer um erro. O mesmo poderia ser reivindicado no caso de um princípio. Seria plausível afirmar que determinado juiz deveria dar atenção a ponderações feitas por outros juízes relativas ao mesmo caso

⁴⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste

no qual eles utilizaram-se de outros princípios e que esse determinado juiz deveria levá-los em consideração para uma análise justa.

Não basta apenas afirmar que nos casos difíceis o tribunal está obrigado "*moralmente*" a considerar os princípios particulares, ou que está obrigado de forma institucional a considerá-los. Muito menos que está obrigado em função de matéria relativa ao seu "*ofício*" jurídico.

O que está em questão aqui é saber por que esse tipo de "*obrigação*" seria diferente daquela obrigação oriunda das regras jurídicas as quais se impõem aos juízes (e os obrigam como se fossem cometer um grave erro em caso de desobediência); outra questão é saber por que isso autoriza a afirmar que os princípios e políticas não são parte do direito, mas padrões meramente extrajurídicos utilizados de forma típica pelos tribunais nos casos difíceis.

No segundo argumento, um positivista poderia admitir que alguns princípios possuem força obrigatória de tal maneira que um juiz deveria levá-los em consideração. Mas, não obstante isso, tais princípios jamais poderiam prescrever um resultado particular. Isso seria uma forma de dizer que princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditariam resultados, pois, quando se obtém um resultado diverso da regra, a regra tem que ser descartada ou mudada. Já os princípios não funcionam dessa forma. Eles inclinam uma decisão em determinada direção, mesmo não sendo de forma conclusiva. Ficam intactos quando não prevalecem.

Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita ser obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua

avaliação dos princípios, mas também pode estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória. (...) desse ponto de vista eles [árbitro, sargento – acrescento o juiz] não têm poder discricionário⁴⁹.

No terceiro argumento, um positivista poderia, ainda, defender a tese de que os princípios não poderiam ter validade no mesmo teor da lei, uma vez que sua autoridade e seu peso são questionáveis, devido ao seu caráter controvertido. Entretanto, é possível defender os princípios e o seu peso apelando-se para a diversidade de práticas e princípios outros que, historicamente a teoria e a prática judiciária e legislativa daquela comunidade foram aceitas no decorrer do tempo, justificando práticas e maneiras de compreensão sobre determinada questão jurídica controvertida. Dessa forma, os juízes têm a obrigação de chegar a uma compreensão – seja controversa ou não – a respeito do que suas ordens, ou mesmo as regras, parecem exigir, e agir de acordo com essa compreensão. Isso se torna um dever para o juiz.

Se estiver certa a teoria dos positivistas segundo a qual existiria um teste definitivo em cada sistema legal para a identificação das leis obrigatórias – semelhante à regra de reconhecimento de Hart -, ter-se-á de deduzir que os princípios não têm obrigatoriedade de lei. Contudo, é certo que a incompatibilidade entre os princípios e a teoria do positivismo jamais poderia ser usada como argumento a favor de como os princípios devem ser tratados. Caso contrário, ter-se-ia que aceitar a tese de que os positivistas possuem o direito de defender sua teoria da regra de reconhecimento na base do decreto.

Se, como defendem os positivistas, os princípios não podem ser submetidos a um teste, devem apresentar outra razão para que não possam ser considerados como parte do direito.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57.

6.4. ARGUMENTAÇÃO CONTRA A DOCTRINA DO PODER DISCRICIONÁRIO E O POSICIONAMENTO A FAVOR DA ABORDAGEM DA OBRIGATORIEDADE DOS PRINCÍPIOS COMO REGRAS JURÍDICAS

Trata-se do acolhimento da abordagem do conceito de obrigação jurídica, na qual os princípios são tratados como se tivessem o mesmo teor das regras jurídicas. Segundo Dworkin, as regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação. Isso vale, inclusive, para os casos em que isso signifique contrariar a própria “*intenção do legislador*”.

Se os tribunais tivessem o poder discricionário para alterar as regras estabelecidas, essas não lhe seriam, obviamente, obrigatórias. Assim, não seria equivocado afirmar que não haveria direito na concepção positivista. Consequentemente, um positivista teria que argumentar a favor da existência de padrões que são obrigatórios para os juízes e que são esses padrões a estabelecer quando um juiz pode ou não modificar uma regra estabelecida.

Dever-se-ia, então, perguntar: quando um juiz teria autorização para modificar uma regra jurídica que vigora?

Segundo Dworkin, os princípios surgem como resposta de duas formas. Na primeira delas, é necessário que o juiz considere que tal modificação favoreça algum princípio, justificando pelo princípio a mudança realizada.

Contudo, nem todos os princípios podem ser invocados como justificativa para uma modificação, sob pena de desqualificar a força obrigatória de todas as regras. Surge daí a necessidade de se considerar a importância dos princípios (uns mais importantes que outros). Entretanto, o critério que determinar a importância dos princípios não pode depender das opções subjetivas do juiz (preferências) escolhidas entre uma variedade de padrões extrajurídicos elegíveis, embora todos dignos de respeito. Isso porque não haveria como sustentar a obrigatoriedade de alguma regra sequer, pois sempre haveria a real possibilidade do juiz

preferencialmente selecionar de forma válida um padrão extrajurídico capaz de preterir a regra jurídica mais fundamentada.

Na segunda forma, para substituir uma doutrina estabelecida, o juiz deverá levar em consideração alguns padrões relevantes que se opõem ao abandono dessa doutrina. Esses padrões, em sua maioria, são princípios. Padrões sustentados pela tese da "*supremacia do Poder Legislativo*"⁵⁰, pela teoria do "*precedente*"⁵¹.

Essas teses estão voltadas à sustentação do estado vigente, cada uma em seu domínio, mas sem sua imposição. Os juízes, entretanto, não possuem liberdade para a escolha entre princípios e políticas que constituem essas teses. Neste caso, se eles fossem livres, não haveria regra considerada obrigatória.

Para Dworkin, o que fica implícito quando um jurista afirma que uma determinada regra é obrigatória são as seguintes possibilidades:

Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, soa mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança⁵².

Ou ainda poderá argumentar, se não for o caso,

(...) que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem a liberdade de ignorar⁵³.

⁵⁰ Entenda-se um conjunto de princípios que exigem que as decisões dos tribunais sejam limitadas pelos atos do Poder Legislativo.

⁵¹ Entenda-se um conjunto de princípios que reflete a justiça e eficiência, derivadas da consistência da regra.

⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 61.

⁵³ *Ibid*, p. 61.

Poderá ainda sustentar com frequência a possibilidade das duas argumentações,

(...) pois princípios conservadores, por serem princípios e não regras, em geral não são suficientemente poderosos para salvar uma regra do direito costumeiro ou uma lei envelhecida que não tem nenhum apoio nos princípios substantivos que o tribunal está obrigado a respeitar⁵⁴.

Observa-se que, qualquer uma dessas linhas de argumentação, trata um corpo de princípios e de políticas como leis na mesma proporção que o são as regras. Princípios e políticas são concebidos como padrões obrigatórios que as autoridades da sociedade devem seguir na regulação de suas decisões relativas aos direitos e obrigações jurídicas.

Talvez a complexidade do tema esteja relacionada com a natural tendência que os positivistas têm de associar leis e regras e pensar o direito como um sistema de regras. É provável que essa tendência encontre-se no fato de que a educação jurídica consistiu, de forma predominante durante os anos, em ensinar e verificar aquelas regras estabelecidas que forma a parte mais substancial do direito.

De qualquer maneira, se um jurista pensar o direito como um sistema de regras e reconhecer, mesmo assim, que os juízes podem mudar as regras antigas e introduzir outras, naturalmente chegará à teoria do poder discricionário judicial. Mas há, ainda, outra consequência desse pressuposto (que o direito seria um sistema de regras). Quando os positivistas se ocupam de princípios eles os interpretam como padrões de direito tentando ser regras. E quando eles ouvem alguém argumentando que os princípios constituiriam parte do direito, refutam essa teoria, sustentando não haver maneira de testar a validade de "regras" como estas (de princípios tentando ser regras).

⁵⁴ Ibid, p. 61.

Para os positivistas, tais princípios não seriam regras válidas de uma lei acima do direito (além do direito). Com isso concorda Dworkin. Até porque princípios não são regras. Assim, de forma equivocada, os positivistas concluem ainda que os princípios seriam padrões extrajurídicos em que cada juiz opta de acordo com sua preferência no exercício de sua discricionariedade. Constatação essa de que Dworkin discorda.

CAPÍTULO VII

ANÁLISE DA REGRA DE RECONHECIMENTO

7.1. A REGRA DE RECONHECIMENTO

Resta saber se os testes aplicados para identificar as regras jurídicas válidas seriam aplicáveis aos princípios.

Segundo Hart, grande parte das regras de direito são válidas porque uma instituição ou juiz com competência para tanto as promulgou. Contudo, este teste de “*pedigree*” não se aplica aos princípios que norteiam os casos difíceis, pois a origem desses princípios, enquanto jurídicos, advêm da compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos juristas e pela sociedade no decorrer do tempo, e não de uma instituição competente (Poder Legislativo, por exemplo). Inclusive a continuidade de seu poder vai depender da manutenção dessa compreensão. E, caso tal compreensão não se sustente mais no contexto do “*apropriado*”, tais princípios já não mais desempenharão papel predominante nos casos em que eram aplicados. Tais princípios vão caindo em declínio e já não se justificam com a mesma força.

Deduz-se daí a impossibilidade de desenvolver um teste que verifique quanto e que tipo de apoio institucional seria necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. Muito menos ainda verificar sua ordem de importância e peso.

Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse. Mesmo se pudessemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a

imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart⁵⁵.

A imagem concebida por Hart é aquela de uma regra suprema, superior, com razoável estabilidade que ele mesmo define como

(...) alguma característica ou características, cuja posse por parte de uma regra sugerida é tomada como uma indicação afirmativa e conclusiva de que se trata de uma regra (...) ⁵⁶

Para Dworkin, as técnicas aplicadas na argumentação em favor de outro princípio não se situam em um plano diferente dos princípios que elas defendem, como pretendia Hart na regra de reconhecimento. Não se sustenta a distinção entre validade e aceitação. Se se estiver argumentando a favor de um princípio, podem-se citar os atos dos tribunais e do Poder Legislativo que com eles se relacionam, contudo, isso argumenta tanto em favor da aceitação do princípio quanto de sua validade. Na verdade, faz-se necessário argumentar a favor dos princípios não apenas em termos de práticas, mas em relação uns aos outros; também em termos das tendências de decisões judiciais e legislativas, já que em nível de abstração os princípios tendem a apoiar-se mutuamente em vez de se juntar uns com os outros princípios.

Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

⁵⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 92ss.

enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento⁵⁷.

Para Hart, uma regra suprema pode tranquilamente determinar como direito as regras promulgadas pelas instituições jurídicas, igualmente, aquelas regras firmadas pelo *costume*.

E a regra suprema poderia, inclusive, ao contrário do que pensava Austin, determinar como direito uma regra costumeira antes mesmo do reconhecimento dos tribunais. Como Hart não apresenta os critérios pelos quais a regra suprema poderia fazer isso, tal posicionamento adiciona forte dificuldade em sua teoria geral. Hart não pode utilizar-se da tese na qual a comunidade considera determinada prática costumeira *moralmente* obrigatória, uma vez que não lhe seria permitido diferenciar as regras jurídicas costumeiras daquelas regras jurídicas morais costumeiras, já que nem todas as obrigações morais incorporadas de longa data como costume de uma sociedade são sempre institucionalizadas pelo direito.

Para Hart, a regra de reconhecimento marca a transformação de uma comunidade arcaica em uma conduzida pelo direito, uma vez que fornece um teste para definir as regras jurídicas em vez de determiná-las pela aceitação. Mas, se tal regra suprema somente define que outras regras aceitas pela comunidade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias, ela não fornece teste algum. E transforma a regra suprema em uma não-regra de reconhecimento.

Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante estrutura piramidal que admiramos na

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e de que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema⁵⁸.

7.2. CONSTATAÇÃO CRÍTICA ACERCA DA REGRA DE RECONHECIMENTO

Verifica-se que é impossível adaptar a versão hartiana do positivismo, alterando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Para Dworkin, nenhum teste de *pedigree* que vincule princípios aos atos que originam legislação pode ser articulado nem seu conceito de direito baseado no costume pode ser útil sem o abandono integral da tese do teste de *pedigree*. Configura-se, aqui, uma exceção à primeira tese do positivismo.

Contudo, poder-se-ia ainda examinar a seguinte questão: se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste fundamental para a identificação dos princípios, não se poderia sustentar a tese de que os princípios seriam a própria regra de reconhecimento, por funcionarem como uma última instância do direito? Um positivista poderia identificar o conjunto completo de padrões (princípios fundamentais) como a regra de reconhecimento. Contudo, isso se demonstra frágil demais. Equivaleria a dizer que o direito é o direito. Ademais, os princípios – por sua natureza controversa e mutável cujo peso adquire importância ou a perde em função da rápida transformação – não permitiriam sua eficiente aglomeração em um conjunto de padrões por tornarem-se obsoletos antes mesmo de se terminar de agrupá-los.

Consequentemente, se se tratar os princípios como direito, necessariamente deve-se rejeitar a primeira tese positivista⁵⁹. Por

⁵⁸ Ibid, p. 69.

⁵⁹ Aquela segundo a qual o direito de uma sociedade se diferencia dos demais padrões sociais por meio de um teste que Hart chama de regra suprema.

consequente, o mesmo deve acontecer com a segunda tese do positivismo⁶⁰.

Compete agora, depois de dura caminhada, confrontar-se com a terceira tese do positivismo⁶¹.

7.3. ANÁLISE SOBRE A TEORIA POSITIVISTA DA OBRIGAÇÃO JURÍDICA

A teoria da obrigação jurídica sustenta que há obrigação em termos jurídicos somente quando uma regra de direito estabelecida imponha tal obrigação. Conclui-se daí que, nos casos difíceis (na impossibilidade de encontrar regra estabelecida anteriormente) não existiria obrigação jurídica enquanto o juiz não estabelecer (criar) nova regra. Ao aplicar essa nova regra ao caso difícil, o juiz passa a legislar *ex post facto*, não efetivando uma obrigação já existente porque até então era inexistente.

Segundo Dworkin,

A doutrina positivista do poder discricionário (...) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (...) ou obrigação jurídica – nenhuma prerrogativa – que ele deva reconhecer. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela⁶².

Esse posicionamento dworkiniano ajuda a enfrentar as questões sustentadas pelo positivismo jurídico. No entanto, para que esta

⁶⁰ Aquela relativa ao poder discricionário judicial.

⁶¹ Aquela da obrigação jurídica.

concepção de obrigação jurídica seja aceita, é necessário o enfrentamento de questões pertinentes.

Não havendo regra de reconhecimento e nenhum teste para o direito, como aceitar a argumentação em favor dessa concepção e quais os princípios que deveriam ser levados em conta e em que proporção devem ser considerados?

Dworkin alerta para a necessidade desse enfrentamento, sustentando que a concepção de obrigação jurídica e o tratamento dos princípios como direito tem mais a oferecer que as questões enfrentadas pelo positivismo. Nos termos de sua própria argumentação teórica, o positivismo não chega a tratar os casos difíceis que levam à busca de teorias do direito. O que o positivismo faz com propriedade é remeter esses casos à teoria do poder discricionário que não enfrenta a questão com a complexidade que ela possui, bem como a apresentação do direito como um sistema de regras que parece convencer pela simplicidade, mas torna-se incompatível com a complexa e sofisticada prática do direito.

7.4. A TESE DA INEXISTÊNCIA DE UM TESTE PARA O DIREITO

Das afirmações centrais do positivismo restou somente o equívoco. A proposição de que em todo o sistema jurídico existe algum teste fundamental, geralmente reconhecido como válido, capaz de identificar quais padrões poderiam ser ou não classificados como direito, mostrou-se um erro. Chega-se à conclusão de que nenhum teste como esse poderia ser encontrado nos sistemas jurídicos dotados de complexidade e que não há espaço real para a distinção objetiva entre padrões que são morais e aqueles que são jurídicos.

No entanto, Dworkin afirma ser plausível a tese de que haveria algum teste para o direito aceito por todos. Isso se se considerar as regras jurídicas simples como aquelas que aparecem nas leis. Entretanto,

⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.71.

os juízes quando analisam e decidem os casos que lhes são submetidos, baseiam-se não só nessas leis como em outros padrões (princípios). Essa realidade dificulta a escolha dos positivistas. Eles podem argumentar que, quando os juízes baseiam-se nesses princípios não estão a apelar por padrões jurídicos, mas apenas utilizando-se de seu poder discricionário. E ainda poderão argumentar que um teste aceito identificaria os princípios que os juízes deveriam considerar como parte do direito, bem como definiria aqueles princípios que não o são. Para Dworkin essas duas alternativas não se sustentam solidamente.

7.5. A CRÍTICA DOS POSITIVISTAS AOS ARGUMENTOS DE DWORKIN

Os principais argumentos positivistas que se opõem à visão de Ronald Dworkin, neste sentido, são⁶³:

1. Não está claro que a tese de Dworkin envolveria algo mais que uma retificação do positivismo jurídico, como ele mesmo pretendia supor;
2. Seus argumentos seriam inconsistentes, pois seu argumento contra a teoria do poder discricionário suporia que, de fato, alguns princípios contariam como direito e outros não; sendo assim, deveria haver um teste para o direito, mas isso Dworkin parece negar;
3. Ao seguir o raciocínio da proposição acima, os argumentos de Dworkin acabam por sugerir a forma desse teste conclusivo. Afirma que os juízes identificariam princípios, tomando como referência o papel que desempenham em argumentos anteriores. E esse tipo de teste (critério da "*estrutura institucional*"), poderia fornecer o teste

⁶³ Dworkin cita os argumentos proferidos em um artigo do Dr. Joseph Raz ("Legal Principles and the Limits of Law", 81 Yale L. J. 823 (1972), in DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 74-75.

conclusivo para o reconhecimento dos princípios que Dworkin sustenta não poderem ser identificados;

4. Seu argumento contra o poder discricionário do juiz relativo aos princípios desconhece o fato de que, algumas vezes, o juiz pode ser forçado a exercer seu poder discricionário diante da obscuridade de quais princípios contariam e com que grau de importância poderiam contar.
5. A sua distinção entre princípios e regras é insustentável;

Há ainda a referência a uma outra crítica à argumentação de Dworkin segundo a qual o referido autor desconsideraria a possibilidade de o uso do termo "*direito*" ser feito de modo a tornar a tese positivista verdadeira por estipulação. Ele pode ser utilizado de tal forma que, a pessoa que fala somente reconheça como padrões jurídicos aqueles criados por juízes, os quais para serem identificados, devem utilizar algum teste aceito pela comunidade. Questão que Dworkin deixa sem contra-argumentação. Apenas afirma que reconhece que alguns juristas possam empregar o termo "*direito*" dessa forma.

Contudo, a crítica de Dworkin dirige-se a um conceito de direito corrente e generalizado⁶⁴ que não corresponde com tal possibilidade elencada. Para Dworkin, a doutrina positivista do teste fundamental toma parte do conceito de direito como se fosse o todo, e isso é questionável.

7.6. OBJEÇÃO GERAL À TESE DE DWORKIN

Esta objeção geral depende daquela tese sustentada por Hart na qual ele afirma não ser possível existir direitos e deveres de qualquer tipo a ser relacionado a uma prática social uniforme que reconheça tais direitos e deveres. Se for assim, e o direito for uma questão de direitos e

⁶⁴ Trata-se do conceito de padrões que estipulam os deveres e direitos que uma autoridade pública tem o dever de reconhecer e de fazer executar, através de instituições como os tribunais, etc.

deveres e, não simplesmente de exercício do poder discricionário da autoridade, deve conseqüentemente existir um teste para o direito reconhecido por todos na forma de uma prática social uniforme. Neste caso, o argumento de Dworkin estaria equivocado.

7.7. A TESE DE DWORKIN

Dworkin desenvolve a tese de que é dever dos juizes a aplicação de certos padrões particulares como se estes fizessem parte do direito. Mas concebe isso como método pedagógico apenas para rejeitá-la, pois sustenta que sua crítica ao positivismo depende da rejeição dessa tese.

Para a teoria jurídica é complexa e difícil a problemática questão de explicar por que os juizes têm tais deveres (de decidir de uma maneira específica, pela expressa razão que o direito exige decidir desse determinado modo).

Se nos contentássemos simplesmente em dizer que os juizes *devem* (...) seguir a legislação ou a Constituição, a dificuldade não seria tão séria. Podemos fornecer um sem-número de razões para esta alegação mais limitada. (...) Contudo, esse tipo de razão não é persuasiva, se quisermos alegar, como o nosso conceito de direito parece pressupor, que os juizes têm um dever (...) de seguir o Poder Legislativo ou a Constituição. É necessário, então, que encontremos não apenas razões pelas quais os juizes deveriam assim proceder, mas fundamentos para afirmar a existência desse dever. Isso requer que encaremos a questão de filosofia moral (...). Em que circunstâncias surgem os deveres e as obrigações?⁶⁵

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 79.

CAPÍTULO VIII

ANÁLISE DA TEORIA DA REGRA SOCIAL

8.1. O SURGIMENTO DOS DEVERES E A REGRA SOCIAL

Para Hart, os deveres surgem quando as regras sociais surgem. Pois são elas que estabelecem esses deveres. As regras sociais surgem se há condições satisfativas para sua prática. Essas condições são satisfativas quando os cidadãos de uma sociedade agem de acordo com determinado jeito. Esse agir comportamental (jeito) estabelece uma regra social que impõe um dever. Para Hart, a existência de uma regra social é a existência do dever. Por conseguinte, trata-se de uma questão factual.

Segundo Dworkin, Hart aplica tal reflexão à análise da questão do dever judicial.

Ele acredita que em todo o sistema legal as condições práticas são satisfeitas – através do comportamento dos juízes – por uma regra social que impõe um dever de identificar e aplicar certos padrões como sendo expressão do direito⁶⁶.

Dessa forma, se poderia afirmar, por exemplo, que em certa comunidade haveria uma regra social a determinar que os juízes deveriam seguir o Poder Legislativo. Sendo assim, tais juízes nessa comunidade teriam um dever de proceder dessa maneira. No entanto, se se perguntasse por que os juízes teriam o dever de seguir as regras sociais, na ótica de Hart, estar-se-ia a fazer o questionamento errado. Isso porque para ele os deveres são criados por regras sociais do tipo que ele descreve.

Um exemplo: Se um sociólogo sustentar que uma comunidade “segue” uma regra específica (seja qual for), pretendendo somente descrever o comportamento dessa comunidade, partindo de determinado ângulo, isso serve para a constatação que determinada comunidade supõe ter certo dever. Agora, quando um cidadão, membro dessa comunidade recorre a uma regra com o intuito de criticar sua ação ou a de outrem,

⁶⁶ Ibid, p. 80.

não está apenas a descrever tal comportamento, mas a avaliá-lo. Muito menos está a afirmar que tais indivíduos creem que possuem certo dever, senão que têm realmente esse dever.

Cabe aqui uma distinção entre essas constatações ancoradas no conceito de regra. O sociólogo sustenta a existência de uma regra social, mas o cidadão citado sustenta a existência de uma regra normativa. Ambas as sustentações encontram fundamento de veracidade. No caso do sociólogo, se o estado de coisas factual ocorrer e a comunidade comportar-se de acordo com a “*crença*” em determinado dever, a constatação goza de veracidade. E, no caso do cidadão, se um determinado estado de coisas normativo existir (apenas se os indivíduos possuírem, de fato, o dever que se supõe que tenham), a constatação também será verdadeira.

Entretanto, o juiz ao julgar um processo posiciona-se como cidadão, jamais como um sociólogo, pois o juiz não está para simplesmente declarar que eles (juízes) creem ter o dever de seguir o que foi estabelecido pelo Poder Legislativo. O juiz quer dizer que eles realmente, objetivamente, possuem tal dever e cita-o como justificativa para fundamentar sua decisão. Consequentemente, a regra social não pode ser a fonte do dever, como Hart pensava que poderia.

Quando um juiz invoca a regra segundo a qual tudo o que o Legislativo promulga é considerado como fazendo parte do direito, ele está assumindo um ponto de vista interno diante de uma regra social; o que ele diz é verdadeiro, porque existe uma prática social com esse sentido, mas ele vai além do simples afirmar que assim ocorre. Ele assinala a sua disposição de considerar a prática social como uma justificativa para sua conformidade com a regra⁶⁷.

Hart desenvolve dessa maneira uma teoria geral sobre os conceitos de obrigação e dever como a aplicação específica da teoria ao dever dos

⁶⁷ Ibid, p. 82.

juízes de seguir a lei. Será contra essa teoria, denominada como “*teoria da regra social*” que Dworkin tecerá sua crítica.

8.2. CRÍTICA DWORKINIANA À REGRA SOCIAL

Segundo Hart, quando um indivíduo sustenta a existência de um dever, deve ser compreendido como existindo de fato uma regra social que sustente isso, bem como se pressupõe a aceitação da prática social que tal regra determina. Desse modo, os juízes que sustentam a tese de um dever fundamental de seguir as determinações do Legislativo como direito, deveriam pressupor a existência de uma regra social que indique tal dever.

Contudo, para Dworkin, a teoria da regra social não é plausível e adequada. Não o é porque não pode explicar o fato de que, mesmo quando os indivíduos sustentam uma prática social como parte indispensável das razões para se justificar a existência de um dever, elas podem, mesmo assim, discordar quanto ao alcance desse dever. E essa discordância dividiria de tal modo as posições diversas que afetaria o reconhecimento (aceitação prática), tão importante para a sustentação da existência de uma regra social. Isso afetaria as partes de maneira que nenhuma das concepções poderia ser representada como se estivesse baseada na regra social, pois, obviamente, em uma situação como essa, não haveria regra social alguma aplicável ao caso.

Outra crítica de Dworkin é que a teoria da regra social concebe de forma equivocada a necessária conexão entre prática social e juízo normativo. Essa teoria crê que a prática social constituiria uma regra que o juízo normativo concordaria. Mas, na verdade, a prática social ajuda a justificar uma regra que é manifestada por esse juízo. A existência da prática de determinada conduta sustenta a existência de uma regra normativa no sentido dessa conduta, mas não porque essa prática constitua uma regra que o juízo normativo relate ou sustente e, sim, porque tal prática gera formas de ofensa e dá gênese a “*expectativas do*

*tipo que fornece boas razões para sustentar a existência de um dever*⁶⁸, ou a sustentação de que há uma regra normativa que justifique esse dever.

A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo conteúdo que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome. Contudo, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática; pode ficar aquém da prática ou ir além dela⁶⁹.

Se uma sociedade tem determinada prática particular (seja qual for), é provável que seus integrantes sustentem diversas regras normativas relativas a ela; possivelmente cada uma dessas regras será justificada por tal prática. Os integrantes divergirão entre si quanto a se devem agir de um ou outro modo, pois discordarão se o fato da prática justifica a sustentação e exigência daquele dever. Uns defenderão que a prática justifica aquele dever, outros poderão discordar. Na verdade essa discordância refere-se às exigências da “regra” relacionada àquela prática particular. Contudo, *“a referência não será à regra que é constituída pelo comportamento comum, isto é, uma regra social, mas à regra que é justificada pelo comportamento comum, isto é, uma regra normativa”*⁷⁰. O que os integrantes divergem é justamente sobre o que é essa regra.

Para a tese dworkiniana,

É possível que o dever judicial seja um caso de moral convencional. Disso não se segue que alguma regra social estabeleça o limite, ou mesmo o limiar, do dever judicial. Por exemplo, quando os juízes citam a regra segundo a qual eles devem (...) seguir o que determina o Legislativo, eles podem estar invocando uma regra normativa que é justificada por alguma

⁶⁸ Ibid, p. 91.

⁶⁹ Ibid, p. 92.

⁷⁰ Ibid, p. 92.

prática. Podem também discordar quanto ao conteúdo preciso dessa regra normativa, de uma maneira que não representa apenas um desacordo sobre os fatos relativos ao comportamento de outros juízes⁷¹.

Conforme Dworkin, os positivistas poderão estar certos neste ponto, mas necessariamente deverão argumentar de outra forma do que aquela sugerida pela teoria da regra social.

8.3. OS JUÍZES NECESSITAM DO PODER DISCRICIONÁRIO?

Cabe aqui a análise sobre o argumento positivista de que os juízes, ao divergirem acerca de questões de princípios, o fazem não quanto ao que o direito obriga, mas sobre o modo como deve ser exercido seu poder discricionário. Eles discordam não do ponto onde se sustenta seu dever de tomar decisões, mas do modo como deveriam decidir, já que pelo poder discricionário não possuem dever algum (obrigação invencível) de decidir de um ou outro jeito em casos que exijam o uso discricionário.

Essa análise exige a compreensão acerca do conceito de poder discricionário (que refletimos no capítulo VI).

Ao refletir sobre o dever, é comum o uso do conceito em três versões distintas: na primeira versão, afirma-se que um cidadão possui *“poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes”*⁷². Na segunda versão, pode-se afirmar que um cidadão tem poder discricionário se sua decisão for autônoma e conclusiva, ou seja, tal decisão não esteja subordinada a uma autoridade superior de maneira que essa não possa rever tal decisão tomada. Na terceira versão, sustenta-se que um indivíduo tenha poder discricionário *“quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa (...) impor um dever de tomar uma*

⁷¹ Ibid, pp. 92-93.

⁷² Ibid, pp. 108-109.

*decisão específica*⁷³". Exemplo disso é a cláusula contratual de locação que dá ao locatário o poder discricionário de escolher renovar ou não o contrato.

Ocorre que, destas três versões acerca do conceito do poder discricionário, poder-se-ia atribuir de forma sucessiva um valor ou peso, ou seja, a primeira versão teria um teor mais fraco e a terceira, um teor mais forte. Sem sombra de dúvidas, se nenhuma regra social exigir uma decisão jurídica determinada e se os juízes estivessem divididos em qual decisão seria a exigida, eles teriam poder discricionário, mas na primeira versão. Igualmente não parece haver dúvida que, se tais juízes formarem o corpo de um Tribunal Superior, sem nenhuma outra instância a recorrer, teriam eles poder discricionário na segunda versão. Entretanto, o mesmo parece não ocorrer na terceira versão, aquela mais forte e que interessa para que os positivistas sustentem o poder discricionário do juiz. A não ser que se aceite a afirmativa mais forte da "*teoria da regra social de acordo com a qual os deveres e as responsabilidades podem ser geradas apenas por regras sociais*⁷⁴", (e isso já restou descartado para a visão dworkiniana) não se sustenta que tais juízes possuam poder discricionário no sentido da terceira versão.

Dworkin sustenta que

Um juiz pode ter o poder discricionário tanto no primeiro como no segundo sentido e não obstante isso considerar, com razão, que sua decisão coloca a questão de qual é o seu dever enquanto juiz, questão que ele deve decidir refletindo sobre o que dele exigem as diferentes considerações que ele acredita serem pertinentes a essa matéria. Se for assim, esse juiz não tem o poder discricionário no terceiro sentido, aquele que um positivista precisa provar para mostrar que o dever judicial é definido exclusivamente por uma regra social de última instância ou por um conjunto de regras sociais⁷⁵.

⁷³ Ibid, p. 109.

⁷⁴ Ibid, p. 109.

⁷⁵ Ibid, p. 109.

8.4. AS DECISÕES EM CASOS DIFÍCEIS

Quando um juiz enfrenta uma questão difícil deve supor que, em princípio, tem três alternativas. O conjunto de padrões que ele deve levar em consideração exige que sua decisão seja a favor do autor da demanda ou do acusado, ou ainda, nenhuma dessas decisões, porque poderá possibilitar qualquer uma delas. Por isso, o juiz deve reconhecer que há incerteza em relação à qual dessas possibilidades deverá adotar. Conseqüentemente, deverá optar pela argumentação que lhe parecer mais convincente ou mais forte em relação às demais. Tal incerteza poderá estar relacionada tanto com a terceira como com as outras alternativas.

O que se questiona aqui é o fato de alguns positivistas adotarem para esse caso citado a seguinte postura: se houver dúvida entre a primeira ou segunda alternativa, segue-se então que o juiz deveria decidir de acordo com a terceira (na dúvida em decidir a favor do autor ou do réu, o juiz teria o poder discricionário de decidir a favor de qualquer um deles).

Para Dworkin, isso não se sustenta, pois a proposição de que os juízes teriam poder discricionário na terceira versão elencada é algo que precisa ser sustentada afirmativamente com argumentos e não com base em omissões ou negações (se não é a primeira alternativa, nem a segunda, logo é a terceira alternativa).

Na verdade, na maioria dos casos difíceis, os juízes classificam suas divergências como algo acerca dos padrões que estão obrigados (ou não) a levar em consideração no momento de decidir ou, ainda, condicionados forçosamente pelo peso que esses padrões lhes exigem atribuir aos casos em análise. Em todos os casos, eles mesmos excluem a possibilidade da terceira alternativa.

Na tese de Dworkin, está claro que *“não existem nem mesmo rudimentos de uma regra social que converta o poder discricionário que requer o exercício do juízo em um poder discricionário que exclui o*

*dever*⁷⁶. Este dado é importantíssimo para a análise sobre a teoria do direito que esse empreendimento acadêmico se propõe.

8.5. APROFUNDANDO A DISTINÇÃO ENTRE AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS

Dworkin, ao confrontar a força diversa entre regras e princípios, acabou distinguindo esses dois padrões de argumentação. Com isso, visava a duas coisas: a primeira delas era justamente delinear uma distinção importante para a compreensão do raciocínio dos positivistas; segundo, levar a perceber que alguns padrões invocados pelos juristas e juízes conduzem a problemas difíceis para os positivistas, uma vez que esses ditos padrões não podem ser cooptados pelo “*teste fundamental*” do direito⁷⁷.

Segundo Dworkin, mesmo que seja possível provar ser sem fundamento a distinção lógica entre regras e princípios (que ele sustenta), isso não significa que necessariamente possam ocorrer padrões cooptados por um teste fundamental. Por isso, mesmo que não seja possível a distinção entre regras e princípios, tal “*impossibilidade*” em nada fere o seu argumento geral contra a corrente positivista.

Dito isso, é preciso afirmar que Dworkin crê na genuinidade da distinção entre regras e princípios. O que não significa, de modo algum, afirmar a inexistência de outras espécies de distinção entre os tipos de padrões jurídicos.

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a

⁷⁶ Ibid, p. 113.

⁷⁷ Esse teste fundamental do direito equivale a ‘regra de reconhecimento’ para Hart.

partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como "válido"⁷⁸.

A crítica dos positivistas sustenta-se no fato de que para eles não são só os princípios que entram em conflito, mas também as regras e, essa crítica solaparia a tese de Dworkin. Contudo, Dworkin nunca negou que as regras não poderiam entrar em conflito. Apenas afirmara que no seu sistema jurídico esses conflitos ocorreriam em situações especiais, as quais exigiriam decisões que modificariam dramaticamente o conjunto de padrões. Ocasões, portanto, bastante incomuns. O que é bem diferente de dizê-las impossíveis.

Inclusive é importante fazer uma distinção aqui. Uma regra que manifesta uma exceção à outra regra não significa a mesma coisa que afirmar estarem elas manifestamente em conflito naquele sentido de que uma oposta a outra exigiria uma análise da qual uma delas teria maior peso para a definição de uma decisão. Para Dworkin, nesses casos, essas duas normas consideradas em conjunto determinariam o resultado sem a necessidade de pressionar o juiz a escolher entre elas ou determinar qual delas é mais importante (tem maior peso). Na verdade, nesses casos pode-se afirmar que uma regra tem objetivamente a força de ser a exceção de outra⁷⁹.

Os juristas, quando utilizam regras e princípios, também relatam informações jurídicas, mas não que elas sejam canônicas. E a principal questão aqui está na afirmação de Dworkin segundo a qual o "direito" não conteria um número fixo de padrões, alguns entre eles princípios e,

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 114.

⁷⁹ Subjaz aqui um problema de teoria da "individualização das leis" tratada, ora como uma estratégia de exposição, como uma teoria sobre o modo mais esclarecedor colocado a disposição para relatar o sistema jurídico de um país, ora como uma estratégia para explicar o que o direito seria para os juristas e no que consistiria o direito (questão filosófica). Contudo, julgamos desnecessária uma exposição sobre tal teoria em vista do objetivo dessa monografia.

outros, regras. Ele opõe-se a tese de que o “*direito*” seria um conjunto fixo de padrões de algum tipo.

Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com freqüência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira⁸⁰.

Por isso, a enunciação completa de uma regra deve acrescentar suas exceções, caso contrário, a formulação de tal regra estaria incompleta. E isso pressupõe que a exceção seja enunciada de forma clara e objetiva, ou seja, de forma precisa, como a regra geral deve ser.

Já com relação aos princípios, o processo é outro. A enunciação de um princípio que seja contrariada por uma exceção (ou por um fato que o contrarie) não necessita de correção nem de atualização apenas pelo fato de ser contrariada por algum acontecimento contraditório, ou então desafiante.

Outra questão relevante é a crítica de alguns positivistas de que a tese distintiva de Dworkin entre princípios e regras estaria solapada por desconsiderar a possibilidade das regras entrarem em conflito com os princípios.

Essa questão precisa de análise. O exemplo usado para ilustrá-la é o do caso das regras de usucapião de bem imóvel que conflitariam com o princípio de que nenhum indivíduo pode beneficiar-se de seus próprios delitos (de sua torpeza). Contudo, parece não ser um caminho correto com a realidade da questão recorrer à noção de conflito em questões como essas, pois o fato de regras como a de usucapião existir é uma prova de que tal princípio é um princípio e não uma regra. Tanto que se

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 119-120.

tais regras fossem alteradas (seja por ato legislativo ou por reinterpretção judicial), poderia ser pelo fato de que tal princípio passará a ser analisado com mais importância do que em casos anteriores, quando do acolhimento da regra mencionada.

Fora essa possibilidade, ainda pode-se dizer que, no caso em tela, as regras antes refletem o princípio do que entram em conflito com ele.

Isso se deve ao fato de que essas regras têm uma forma diferente da que teriam, caso nenhum peso fosse atribuído ao princípio, quando da decisão. (...) Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso (...) entre princípios concorrentes e como esse ponto perde-se ou submerge, quando falamos muito imprecisamente sobre regras que conflitam com princípios⁸¹.

Quando se contrapõe regra e princípio pressupõe-se que ambos possuem peso no sentido de que, quando entram “*em conflito*” é necessário decidir sobre qual deles se exercerá preferência. Nesse caso, a decisão deve ser tomada atribuindo à regra uma importância (peso) que será equiparada à importância do princípio. Tal posicionamento representaria um entendimento equivocado acerca da interação entre regras e princípios.

O equívoco está justamente em se pensar que se está a optar diretamente, por exemplo, por um princípio em detrimento de uma regra quando, na verdade, o que se compara é precisamente um conjunto de princípios com outro conjunto de princípios. Assim, é enganoso imaginar que se está a comparar uma regra com um conjunto de princípios. Não se está a comparar o peso de uma regra senão o peso de um princípio (ou conjunto deles) e políticas servidos por uma regra.

⁸¹ Ibid, p. 121-122.

CAPÍTULO IX

ANÁLISE DOS CASOS DIFÍCEIS

9.1. OS CASOS DIFÍCEIS

Os casos difíceis sempre constituíram uma preocupação particular na articulação de uma teoria do direito. São tão específicos e complexos que questionam a normatividade e toda a arquitetura de um sistema jurídico.

Isso justifica a necessidade de uma análise mais acurada desse fenômeno da vida que se traduz em complexidade jurídica. O positivismo, como uma teoria a olhar o “*direito*”, por isso mesmo não poderia deixar de analisá-lo. Como também aqui se fará.

Quando um fato vira uma ação judicial e esta não pode ser enquadrada clara e objetivamente em uma regra de direito - regra essa estabelecida anteriormente por uma instituição competente -, está-se diante de uma situação em que, segundo os positivistas, o juiz teria o “*poder discricionário*” para decidir a ação judicial de uma ou outra forma. Inclusive sua decisão (aqui também opinião) sugere, desse modo, que uma ou outra parte tem o direito preexistente de vencer a causa. Tal dedução seria real se não fosse fictícia.

O que ocorre na verdade é que os juízes, nesses casos, criam, legislam novos direitos jurídicos e os aplicam retroativamente. E isso se mostra inadequado para uma teoria do direito consistente.

Para a tese dworkiniana,

(...), 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 juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os

direitos políticos. (...), mas [isso] não garante que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões⁸².

Poderá ocorrer aqui uma objeção segundo a qual se não houver um procedimento para demonstrar quais seriam os direitos jurídicos das partes litigantes nos casos difíceis, poder-se-ia deduzir que essas partes não possuiriam nenhum deles. Note-se que essa objeção pressupõe uma teoria filosófica questionável segundo a qual nenhum enunciado seria verdadeiro a não ser que se possa, em princípio, demonstrar inequivocamente sua veracidade (o que não for demonstrado como verdade, logo é inverídico). Trocando em miúdos pode-se afirmar que não demonstrando a veracidade de que Deus exista, logo Ele não existe. Não há razão lógica para aceitar essa forma enunciativa como uma tese filosófica integrante de uma teoria geral da verdade, pois isso equivaleria a dizer – utilizando-se da mesma técnica – que se não for possível demonstrar a veracidade de que Deus não existe, logo Ele existe. Vê-se que não há razoabilidade técnica para aceitar tal forma enunciativa; isso sem nenhuma necessidade de consideração do conteúdo do enunciado.

Mas, é razoável rejeitar sua aplicação enunciativa principalmente nas questões relativas aos direitos jurídicos. Cabe aqui um apêndice necessário para melhor avaliar a questão dada sua relevância para a interpretação (hermenêutica jurídica).

9.2. O QUE NÃO SE PODE PROVAR SER VERDADEIRO É NECESSARIAMENTE FALSO?

Dworkin sustenta em seu livro *Levando os Direitos a Sério*, entre as diversas argumentações que nele as utiliza, a tese segundo a qual frequentemente haveria uma única resposta correta (*one right answer*

⁸² Ibid, p. 127-128.

thesis) para os casos difíceis e complexos de direito e moralidade política⁸³.

A objeção a essa tese sustenta-se justamente no argumento de que, às vezes, não há uma única resposta certa, apenas respostas. Na estrutura dessa objeção está uma postura bastante atrativa que mistura tolerância e bom senso expressos em juízos. E por ser atrativa necessita-se analisá-la.

Tal objeção sustenta que, quando as partes discordam sobre o alcance dos direitos controversos (o que cabe a cada um das partes baseadas no seu direito), parece imprudência pretender que exista, latente e pulsante na controvérsia, uma única resposta correta. De tal maneira que pareceria mais prudente sustentar que exista, mesmo que algumas respostas sejam obviamente precárias, um conjunto de respostas e argumentos que deveriam ser reconhecidos como não precários.

Nesse caso, a escolha de um desses direitos controversos (atribuindo e reconhecendo a extensão do direito a um e não a outro) caracteriza-se como uma típica escolha e nada mais. Portanto, não seria uma decisão decorrente de uma obrigação imposta pela razão. O que se espera em uma situação como essa é que tal escolha seja realizada com honestidade e prudência, sem recurso às paixões e fanatismos ideológicos ou religiosos, pois não lhe seria dado o direito a uma decisão específica uma vez que isso significaria pressupor a existência de uma única resposta para a questão que cabe ao juiz decidir.

Contudo, a tese de Dworkin confronta a existência do poder discricionário do juiz para os casos difíceis, embora seja admissível que às vezes os princípios do direito sejam tão equilibrados que aqueles princípios que favorecem o demandante parecerão (quando tomados em conjunto) para alguns operadores do direito mais sustentáveis, enquanto para outros parecerão menos.

⁸³ Ibid, p.429.

Não obstante isso, Dworkin sustenta que há coerência no fato de que cada uma das partes litigantes reivindique a prerrogativa de sair vitorioso e, conseqüentemente, de negar o poder discricionário do juiz a julgar em favor de outra parte. O autor insiste que, até mesmo nos casos difíceis e complexos há coerência em afirmar que o processo tem por objetivo descobrir o direito das partes e não inventá-los. Nesse caso, a justificação política do referido processo depende da validade dessa argumentação. Fica claro, portanto, que a tese que sustenta "*não haver resposta correta*" para os casos difíceis não se coaduna com a argumentação de Dworkin.

9.3. ANÁLISE DA TESE "*NÃO HÁ RESPOSTA CORRETA*" NOS CASOS DIFÍCEIS

A tese de que "*não há resposta correta, mas somente respostas*" é atraente na medida em que abre possibilidade para uma infundável análise de probabilidades. Essa atratividade popular supõe que aquilo que é correntemente popular (senso comum) apresenta-se como a opção ou resposta mais adequada. Mas deve-se perguntar se essa constatação ideológica não seria falaciosa. O fato de essa tese ser atrativa é um dado que se representa real. Mas isso se traduz em argumentos?

Tal tese admite que, em princípio, poderia haver uma resposta correta para determinada questão jurídica controversa. Mas sustenta que seria um despropósito afirmar que as partes têm direito a essa resposta, ou que o juiz tem o dever de encontrá-la. Isso porque ninguém poderá ao certo saber qual resposta seria a correta.

Dworkin ilustra o argumento (que se poderia chamar de "*prático*") da tese "*não há resposta correta*" da seguinte forma:

O mesmo acontece com um juiz que depara com um processo judicial difícil. Mesmo havendo, em princípio, uma teoria do direito superior às outras e, portanto, uma única resposta correta a um caso difícil, esta resposta está trancafiada no céu do

filósofo do direito, inacessível tanto aos leigos quanto aos advogados e juízes. Cada um pode ter apenas sua própria opinião, e a opinião do juiz não oferece mais garantias de verdade do que a de qualquer outra pessoa⁸⁴.

Tal “*argumento prático*” é muito questionável. Ele declara que seria um despropósito o juiz dedicar-se à procura de uma resposta correta, pois mesmo que ela existisse seria improvável verificá-la ou mesmo defini-la como a mais correta entre as de qualquer outra pessoa.

O argumento pode parecer prático, mas de modo algum deve ser simplista. Verifique-se a necessária distinção entre três proposições que ajudarão a perceber a inconsistência do argumento prático da tese “*não há resposta correta*”. Todas elas em um contexto de um caso difícil.

1. Uma das partes tem o direito de ganhar, já que juristas competentes discordam sobre tal direito mesmo após terem concordado inicialmente sobre todos os fatos (incluindo os da história institucional)?

2. Se os juristas competentes divergirem após concordarem sobre todos os fatos, há possibilidade dessa parte ter ainda o direito de ganhar?

3. Se um grupo de juízes competentes proferir conclusão diversa daquela proferida por outro grupo igualmente competente seria justo que o Estado fizesse valer a decisão de um deles?

Quais relações lógicas deveriam existir entre as respostas positivas a essas questões? Para o argumento prático uma resposta positiva à primeira excluiria uma afirmativa à terceira questão, mesmo que se atribuísse uma resposta positiva à segunda questão. Aqui está o erro do argumento prático. É óbvio que a resposta afirmativa à segunda questão se faz necessária à afirmatividade da terceira.

O raciocínio é o seguinte: se nenhuma das partes no caso difícil pode ter algum direito a uma determinada decisão, seria inútil e desigual deixar que a disputa judicial seja definida por um julgamento controverso acerca dos direitos que as partes têm. Desse modo, é igualmente óbvio

⁸⁴ Ibid, p. 431.

que atribuir uma resposta positiva à segunda pergunta não basta para dar uma resposta igual à terceira questão. É necessário estar convencido de que (mesmo que a decisão de certo grupo de juízes seja falível e impossível de se verificar se é correta) seria, mesmo assim, a melhor opção deixar viger tal decisão do que destiná-la a uma instituição diversa ou ainda solicitar aos juízes que se utilizem de argumentos políticos ou outro modo que não lhes exija o melhor julgamento sobre os direitos das partes. Entretanto, pode-se estar convencido desse resultado mesmo após ter dado uma resposta positiva à primeira pergunta. Existem inúmeras razões para solicitar aos juízes que decidam os casos difíceis com o uso de seu melhor julgamento, de forma a convencer todos que tal decisão (que pode na realidade ser falsa) é verdadeira.

Esse argumento prático da tese "*não há resposta correta*" exige que a resposta da primeira pergunta seja essencialmente decisiva para a terceira. Na possibilidade dos direitos serem controversos, o argumento afirmará que esses direitos não podem desempenhar nenhum papel no julgamento judicial. Trata-se de uma questão comparativa. Na suposição, uma resposta positiva à primeira pergunta exigiria um descarte da possibilidade de um "*sim*" à terceira. Mas os casos difíceis são justamente aqueles dotados de controvérsia. E, afirmando uma resposta para negar outra, não se vê onde esteja estabelecido o caráter controverso (*controversity*) e a complexidade características dos casos difíceis. Nem se sustentaria a tese de que não haveria resposta alguma se a comparatividade de um sim exigisse, senão um "*não*", ao menos o descarte de outro sim.

Outra forma argumentativa da tese "*não há resposta correta*", diversa do argumento prático, é o argumento teórico em que a segunda pergunta deve ter uma resposta negativa. Ou seja, se for controverso que uma das partes tem direito a uma decisão específica a seu favor (seja um direito jurídico ou político determinado), logo, não há como ser verdade que tal parte tenha inerentemente esse direito.

Segundo Dworkin, esse argumento teórico possui mais força. Isso porque tal argumento condena a prática comum (popular) não só do direito, mas de outras áreas do conhecimento, as quais se baseiam na suposição de que o que afirmam pode ser verdadeiro, mesmo quando na lógica exigida pelo argumento teórico não se possa provar sua veracidade. É que utilizam argumentos para apoiar seus juízos de maneira a formar e a modificar uma opinião com base nesses argumentos. Ocorre que não se tratam de argumentos articulados logicamente por premissas inquestionáveis. E isso fragiliza a prática comum.

Dessa maneira, é necessário verificar se ele é aplicável validamente ao caso dos direitos jurídicos, sendo o que de fato interessa nessa investigação desta parte do trabalho.

No caso de divergência e controvérsia entre os juízes, o argumento teórico sustenta que nenhuma opinião poderia ser verdadeira, pois não haveria resposta correta, mas somente respostas, cada uma delas tão válida quanto à outra. Contudo, esses juízes não podem, por força do ofício, ver seu argumento dessa forma. Seria admitir que seu argumento é uma teoria sobre coisa alguma. Cada um deles tem ciência de que o outro juiz diverge dele e não haveria nenhum teste comum que ajudasse em uma decisão que dirimisse a controvérsia. Sem falar que cada um deles está convencido de que sua opinião é a superior.

Os juízes poderiam aceitar como senso comum que não existiria nenhuma “*resposta correta*” a sua questão. Entretanto, se assumirem essa proposição como uma resposta negativa à segunda pergunta, e não somente à primeira, o senso comum não dá sentido algum àquilo que fazem quando estão a agir como juízes, e não como filósofos.

Daí não se segue, por certo, que a tese de que “não há resposta correta” esteja errada. Se alguma teoria filosófica nos força a admitir que uma proposição só pode ser verdadeira se houver um critério consensual de verificação mediante o qual sua verdade possa ser demonstrada, tanto pior para a experiência comum, inclusive para a experiência jurídica comum. Felizmente,

porém, a situação é totalmente outra. O argumento teórico não é tão imperioso que nos force a rejeitar a experiência comum. Ao contrário, nem fica claro o que significa a tese de que “não há resposta correta” tal como a interpreta o argumento teórico⁸⁵.

Conclui-se que a tese “*não há resposta correta*” (*no right answer thesis*) nos casos difíceis não se sustenta nem pelo argumento prático nem pelo teórico, pois da suposição de que nos casos difíceis nenhuma das proposições seria falsa (porque isso a tornaria verdadeira), decorre que nenhuma delas seria verdadeira. Esta parece ser a consequência mais evidente para os valores de verdade das proposições da tese “*não há resposta correta*”. Tampouco ganharia sustentação apoiando-se numa espécie de “*juízo de empate*”, segundo o qual, em casos difíceis, as argumentações de ambas as partes seriam tais que haveria um ponto central em que estas argumentações estariam tão equilibradas que haveria um empate.

Diante de situações como estas, os juízes teriam três opções. Optar pela argumentação do lado A ou do lado B, ou ainda pensar que o posicionamento ideal seria o centro (exatamente entre A e B). Dessa forma, o juízo de empate seria um juízo, epistemológico e ontologicamente igual às partes A e B. Assim, pode-se afirmar que esse terceiro juízo (de que não haveria resposta correta) é o mesmo que dizer que esse juízo “*pretende ser a resposta correta*”.

Outra observação que se pode fazer é a de que a estrutura filosófica de pensamento muito contribui para a estrutura do raciocínio jurídico, de tal maneira que questões sobre o justo, o bem, o legal, a verdade, etc., são referenciais no mundo jurídico. No entanto, não se pode ignorar que, como ciências autônomas de diferentes métodos e estruturas intrínsecas (objetivos diversos), há articulações conceituais baseadas no modo de observar e viver a realidade diversa entre essas áreas.

⁸⁵ Ibid, p.434.

Desse modo, a questão “*o que não se pode provar ser verdadeiro, necessariamente é falso?*” ganha nuances relevantes numa perspectiva filosófica e numa perspectiva jurídica. O que não se pode perder de foco nesta monografia é que se está a observar o fenômeno jurídico e, dessa maneira, as questões acerca dos direitos jurídicos, mesmo apoiadas em substratos filosóficos, são essencialmente influenciadas pela perspectivas do mundo jurídico. Em outras palavras, a visão de um filósofo sobre casos jurídicos difíceis não é a mesma acerca dos fatos sob o olhar do juiz, pois a busca da verdade na filosofia apoia-se na verificação valorativa das proposições, o que pode conduzir a argumentos práticos e teóricos sobre a verdade, sobre a falsidade ou, ainda, sobre uma ambígua possibilidade. Já no mundo jurídico, a busca de uma decisão correta baseia-se na análise dos fatos, nos direitos presumíveis das partes, na busca valorativa das proposições. E, para impossibilitar a ambiguidade, apoia-se ainda (como último recurso) no conjunto das heranças jurídicas, e porque não extrajurídicas, como elemento incorporador de análise para a resposta mais correta possível.

Em suma, não há razão alguma para se aceitar a tese “*não há resposta correta*” nos casos difíceis como parte integrante de uma teoria geral da verdade, mas justificadas razões para rejeitá-la como método aplicativo específico às questões relacionadas aos direitos jurídicos.

CAPÍTULO X

A TESE DA DECISÃO JUDICIAL
E A TESE DOS DIREITOS

10.1. ANÁLISE DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Segundo Dworkin, para essa teoria

Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras de direito costumeiro (...) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes. Portanto, os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa criação dissimulada ou explícita. Ao fazê-lo, porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema⁸⁶.

Esse argumento revela um nível de subordinação não explícito. Quando os juízes criam direito novo não estão agindo como delegados do Poder Legislativo, mas como um “*Segundo Poder Legislativo*”. E esse é um nível mais profundo de subordinação, “*pois coloca qualquer entendimento do que os juízes fazem nos casos difíceis na dependência de uma compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo*”⁸⁷. A subordinação está explícita no fato de que os juízes, ao decidirem sobre os casos difíceis, estariam subordinando suas decisões, baseando-se na maneira que supostamente agiriam os legisladores diante desses casos difíceis. Tal subordinação seria não hierarquicamente direta, mas política e conceitual.

Note-se que esse dado é relevante para a constatação de que os juízes não são legisladores delegados, nem estão a legislar quando vão além das decisões políticas tomadas anteriormente por outros indivíduos.

⁸⁶ Ibid, p. 128-129.

⁸⁷ Ibid, p. 129.

Há aqui uma distinção importante cujo caminho precisa-se trilhar. A distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política⁸⁸.

O “*argumento de política*” justifica as decisões e escolhas políticas, na medida em que tais decisões protejam ou estimulem objetivos coletivos da sociedade de forma integral. O “*argumento de princípio*” justifica as decisões e escolhas proferidas por uma decisão política, na medida em que sustentam a tese de que tais decisões garantem determinado direito individual de um cidadão ou de um grupo.

Contudo, vale recordar que esses dois tipos de argumentos não esgotam a argumentação política. Isso porque há a possibilidade de que as decisões políticas não necessitem de uma defesa pautada em sua natureza política ou principiológica (embora sempre as políticas e os princípios sejam os fundamentos essenciais da justificação política). É possível que determinada decisão seja defendida como um ato de generosidade ou de virtude política⁸⁹.

Para Ronald Dworkin,

A justificação de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumento. Mesmo um programa que seja basicamente uma questão de política, (...), pode exigir elementos de princípios para justificar sua formulação específica. (...) Por outro lado, um programa que dependa basicamente de princípios, (...), pode refletir a idéia [sic] de que os direitos não são absolutos, não vigoram quando suas conseqüências para a política pública forem muito graves⁹⁰.

Ao basear-se nessa análise, seria possível dizer que, em alguns casos, os direitos conferidos são gerados por uma política e qualificados

⁸⁸ Esse tema dos princípios e políticas já fora analisado anteriormente, mas é reforçado neste subtítulo em virtude de uma melhor compreensão da tese dos direitos.

⁸⁹ Por exemplo, a concessão de benefício fiscal aos portadores de deficiência física nos membros inferiores e superiores.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 130.

por princípios e, em outros, seriam gerados por princípios e qualificados por uma política.

Contudo, não escapa à competência do poder legislativo utilizar-se de argumentos de política e, conseqüentemente, gerar programas segundo esses argumentos. Por conseguinte, se os juízes fossem legisladores de segundo grau, seriam igualmente competentes para acolher argumentos de políticas e os programas gerados por elas. Já as decisões dos juízes que não são originais (aplicando os termos objetivamente claros da lei válida e inquestionável) são sempre justificadas por argumentos de princípios, independentemente de essa lei ter sido gerada por uma política. Isso porque nesta fase o “*pretense direito*” independe de argumento de política, uma vez que a lei o transformou em uma questão de princípio.

Entretanto, se a questão tratar de um caso difícil (em que não há regra firmada que estabeleça uma decisão seja qual for a direção) pode ocorrer que a decisão apropriada seja gerada tanto por princípios quanto por políticas. Não obstante, Dworkin defende que as decisões judiciais nestes casos sejam geradas por princípios, pois “*um argumento de princípio nem sempre se fundamenta em pressupostos sobre a natureza e a intensidade dos diferentes interesses e necessidades distribuídos por toda a comunidade*⁹¹”, como ocorre com o argumento de política. Ao contrário, o argumento de princípio

estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se opor⁹².

⁹¹ Ibid, p. 134.

⁹² Ibid, p. 134.

Dessa forma, um juiz que não está pressionado por demanda política, a qual pressionaria para ver seus interesses protegidos pelo direito, tem condições de melhor avaliar os casos e seus argumentos.

10.2. TESE DOS DIREITOS

Para a “*tese dos direitos*”, as decisões judiciais nos casos difíceis são caracteristicamente, tipicamente, geradas por princípios, não por políticas. Daí a importância distintiva entre argumentos de princípios e argumentos de política.

Para uma análise aprofundada da tese dos direitos de Dworkin precisa-se enfrentar os pontos de objeção e demonstrar que os mesmos são equivocados. Inclusive devemos investigar se as objeções impedem a distinção entre os argumentos de política e de princípio.

A tese exige o desenvolvimento em três direções. Na primeira delas, é necessário estabelecer a distinção geral entre direitos individuais e objetivos sociais a fim de dar conta do seguinte problema: os políticos, quando se baseiam, em direitos individuais o fazem sobre uma teia de proposições cujos interesses são abstratos e essencialmente fundamentais (direito à liberdade, por exemplo). Esses não são relevantes para as decisões nos casos difíceis judiciais⁹³, devido a essa abstratividade que lhes tira a força de argumentação.

Para o êxito da tese dos direitos precisa-se ainda demonstrar a importância da distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política para a manutenção dos argumentos tipicamente jurídicos. A distinção entre direitos abstratos e concretos parece suficiente para o caso.

A segunda direção passa pela teoria do papel do “*precedente*” e da “*história institucional*” nas decisões dos casos difíceis. Para a defesa da tese não basta dizer que determinado argumento é de princípio porque

⁹³ Exceto os casos difíceis oriundos do direito constitucional.

estabelece os direitos jurídicos das partes enquanto diversos dos direitos políticos.

A tese dos direitos supõe que o direito a uma decisão favorável é um direito essencialmente político, mesmo que esse direito seja diverso de outras formas de direitos políticos. E o fato de enumerar tal diferença não se justifica porque o primeiro direito poderia ser alterado por decisões equivocadas tomadas anteriormente com base na teoria do precedente. Para a justa compreensão dessa característica da argumentação precisa-se considerar as qualidades dos direitos institucionais e dos direitos jurídicos enquanto espécie de direito institucional.

Na terceira direção precisa-se considerar outro problema. É pacífico que os juízes, às vezes, devem proferir decisões de moralidade política para decidir quais sejam os direitos jurídicos das partes. E isso poderia levar a pensar que a tese dos direitos está sujeita aos desafios da originalidade das decisões judiciais e que essa tese seria indefensável, por criar a ilusão com relação a seu direito de decidir, por si própria, sobre questões de moralidade.

10.3. A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E OBJETIVOS

Essa distinção é relevante para a compreensão entre os argumentos de princípios e os argumentos de política. Os primeiros estabelecem um direito individual; os segundos estabelecem um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que definem os direitos; as políticas, os objetivos. Por isso, é importante estabelecer a diferença entre direitos e objetivos.

O objetivo político é uma fundamentação política genérica. A teoria política considera "*um certo estado de coisas*" como um objetivo político se esse "*estado de coisas*" contar a favor de uma decisão política que promova ou proteja esse "*estado*", e/ou contar contra uma decisão que coloque em perigo o referido "*estado de coisas*".

Já o direito político recebe outra qualificação.

Um direito político é um objetivo político individuado. Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido, e se esse direito contar contra a decisão que retardar ou colocar em perigo esse estado de coisas, mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido⁹⁴.

Cabe aqui uma qualificação do que seria uma meta. Ela é um objetivo político não-individuado, ou seja, é um estado de coisas cuja determinação não exige concessões particulares a indivíduos específicos.

Já as metas coletivas favorecem as trocas de interesses e benefícios no interior da sociedade, com a finalidade de produzir um benefício geral para tal sociedade.

Parece claro que uma meta coletiva sugerirá uma distribuição particular, conforme determinados acontecimentos. Nesse caso, a "*eficiência econômica*" como meta poderá justificar que determinado seguimento industrial ganhe subsídios, por exemplo, em certas circunstâncias, e seja desigualmente obrigada a pagar mais tributos em outra circunstância. Ocorre que os princípios distributivos aqui estão submetidos a uma teoria do bem coletivo, de maneira que a desigualdade no tratamento individual sirva para o maior benefício da sociedade.

Outra característica interessante das metas coletivas é o fato de que elas não precisam necessariamente ser absolutas, uma vez que a sociedade poderá seguir diversas metas simultaneamente, fazendo ajustes em umas metas para favorecer outras. Isso justifica a existência de diversas combinações e mutações entre as metas, estabelecendo inúmeras estratégias e políticas. E isso dificultará a determinação, pouco a

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 142-143.

pouco, da distribuição que atenda da melhor maneira os conjuntos de metas.

Os direitos, da mesma forma que as metas, podem ser absolutos ou não. No caso de serem absolutos, uma teoria política poderá considerar absoluto o direito à expressão de tal modo a negar qualquer flexibilização desse direito. No caso de não serem absolutos, um princípio poderá ser flexível diante de outro em virtude de uma política concorrente considerada crucial para o alcance de uma meta coletiva geral.

Podemos definir o peso de um direito, admitindo que ele não é absoluto, como sua capacidade de suportar tal concorrência. Segue-se, da definição de um direito, que ele não pode ser menos importante que todas as metas sociais. Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral⁹⁵.

Essas distinções são importantes para a definição de um objetivo político. Serão elas que posicionarão tal objetivo como um direito ou como uma meta. E isso vai depender de seu posicionamento e de sua função no espaço delimitado de uma teoria política.

Qualquer teoria bem fundada haverá de distinguir os direitos preferenciais dos direitos institucionais. Os primeiros justificam as decisões políticas em uma comunidade de forma abstrata. Já os institucionais, justificam uma decisão proferida e assumida por uma instituição política particular (específica).

E qualquer teoria política ainda não poderia deixar de distinguir direitos abstratos de direitos concretos. Logo, não deixará de distinguir princípios abstratos e princípios concretos. Trata-se aqui, de uma distinção de grau. Um direito abstrato identifica-se com um objetivo político genérico. O enunciado desse direito abstrato não indica de que forma esse objetivo genérico deve ser verificado e pesado, ou mesmo adaptado nos

casos específicos aos demais objetivos políticos da comunidade. É neste sentido que a argumentação dos políticos que apelam aos “*grandes e fundamentais direitos*” da retórica política são abstratas de forma a perder força na argumentação.

Já os direitos concretos referem-se a objetivos políticos mais definidos por expressar objetivamente de forma clara o seu peso de importância quando comparados a outros objetivos políticos em circunstâncias determinadas.

Outra constatação relevante é que os direitos abstratos podem justificar e estabelecer argumentos favoráveis aos direitos concretos. Contudo, esses argumentos são solidamente (consistentes) mais conclusivos do que outras argumentações favoráveis a um determinado direito abstrato que sustente tal direito concreto.

Dworkin estabelece ainda outras duas importantes distinções afetas a uma teoria política consistente.

A primeira é a distinção entre direitos contra o Estado e direitos contra cidadãos. Os primeiros justificam uma decisão política que não pode prescindir da ação de algum órgão governamental; os segundos justificam uma decisão de exercer coerção contra determinados indivíduos. (...) A presente distinção vai além daquela que se verifica entre os direitos preferenciais e os direitos institucionais; a segunda faz uma distinção entre pessoas ou instituições que devem tomar uma decisão política; a primeira o faz entre pessoas ou instituições que essa decisão instrui para que ajam ou abstenham-se de agir. (...) A segunda distinção é a que se dá entre direitos universais e os direitos especiais; isto é, entre direitos que uma teoria política prevê para todos os membros da comunidade, com as únicas exceções dos fenômenos como a incapacidade ou a punição, e os direitos que contemplam apenas um segmento da comunidade, ou talvez apenas um de seus

⁹⁵ Ibid, p. 144.

membros. Pressuponho, neste ensaio, que todos os direitos políticos são universais⁹⁶.

Outro dado a destacar é que a distinção entre princípios e metas reforça uma "*corrente antropológica moral comum*". Segundo essa corrente, os princípios persuasivos considerados pelos cidadãos de uma sociedade são afirmados casualmente pelas suas metas coletivas.

Embora essa corrente antropológica seja vigente, Dworkin não vê porque a alegação de que os direitos definidos culturalmente por metas seria, a princípio, mais aceitável do que o contrário. E esse conflito exige a distinção entre dois tipos de objetivos: entre a força de um direito particular no âmbito da teoria política e a explicação casual do motivo pelo qual tal teoria define este direito. Essa distinção é uma maneira formal de análise da questão, válida somente quando se pode identificar uma teoria política particular definindo melhor a distinção entre aquilo que a teoria estipula como direito e a questão histórica de como ela estipulou esse direito.

Dessa forma, a distinção parece perder força e objetividade quando não se distingue qual das questões diversas de moralidade em uma sociedade estamos a nos basear. Isso impede a criação de uma teoria política sob pena de torná-la abstrata que sirva evidentemente como substrato de análise em determinado momento da vida comunitária. Torna-se impossível estabelecer com segurança a distinção entre "*força e razão*", tão necessária à compreensão dos conceitos de princípio e política.

Consequentemente, nota-se o quanto é contraproducente se apoiar em teorias políticas que unem metas e direitos de maneira casual.

Existem teorias que descartam essa união casual. É o caso da chamada "*teoria do utilitarismo de regras*". Ela defende que a força de um direito depende de seu poder de promover uma meta coletiva. Um ato seria correto se, fruto de uma regra aceita pela comunidade (entenda-se

⁹⁶ Ibid, p. 147.

também os tribunais e outras instituições políticas), realmente pudesse contribuir para o bem-estar médio de seus integrantes.

A teoria do utilitarismo, dessa forma, ajuda a definir uma diferença entre direitos institucionais e metas coletivas. Por essa teoria, por exemplo, a liberdade de expressão será um direito se um membro de uma das instituições comunitárias tiver uma argumentação devidamente justificada no qual ele possa basear-se ao tomar uma decisão política favorável e, igualmente, não tiver nenhuma justificativa plausível para recusar-se a tomar tal decisão política. Fará isso, sempre que essa decisão for necessária à proteção da liberdade de expressão de um cidadão sem levar em consideração o impacto que tal decisão acarretará às metas coletivas. *“O importante será o compromisso com um sistema de governo que torna decisivo um apelo a tal direito em casos específicos”*⁹⁷.

Observa-se que tanto a tese antropológica como a teoria do utilitarismo de regras não oferece objeções fundamentais que interfira na distinção entre argumentos de política e argumentos de princípios.

10.4. ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS INSTITUCIONAIS

A tese dos direitos sustenta que os casos difíceis são decididos pelos juízes com base na confirmação ou não dos direitos concretos. Esses devem ter duas características: devem ser institucionais (e não preferenciais) e devem ser direitos jurídicos (em vez de outros direitos institucionais).

Os direitos institucionais são encontrados em diversas instituições (sentido lato), sejam elas autônomas ou parcialmente autônomas. As instituições autônomas são aquelas em que as regras internas geram um conjunto de direitos que regulam a participação de seus membros nas atividades da instituição de maneira que ela não sofre interferência direta nas regras internas que a caracterizam em sua essência. Não tem

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 150.

interferência de apelos diretos à moralidade geral. Nesse sentido é que são autônomas (por exemplo, as regras de determinado jogo).

As instituições parcialmente autônomas são aquelas que, semelhantemente às autônomas, possuem regras internas que geram um conjunto de direitos reguladores da participação dos seus membros, mas possuem também regras constitutivas e reguladoras especiais que definem o que ela é, enquanto instituição, quem dela faz parte e de que modo exerce sua atividade e poder. Regras que nunca são suficientemente fortes para sozinhas determinarem um direito institucional de algum membro (cidadão) com relação a uma lei a ser promulgada (por exemplo, a legislação como instituição). Neste caso, há espaço aos apelos gerais de moralidade política a argumentar em favor de direitos.

O dado de que algumas instituições são autônomas e outras parcialmente autônomas têm como consequência o fato de que os direitos institucionais que uma teoria política reconhece poderão divergir dos direitos preferenciais que ela igualmente reconhece. Contudo, os direitos institucionais são genuínos uma vez que os membros de uma instituição autônoma, por exemplo, sabem que serão aplicadas as regras daquela instituição. Têm-se, assim, direitos genuínos ao cumprimento estrito dessas regras e não a de outras instituições.

Outro dado observável é o fato de que a autonomia institucional tem a capacidade de isolar o dever institucional de uma autoridade pública da grande parte da influência da moralidade política subjacente.

O que se deveria perguntar é até que ponto vai essa capacidade isolante da autonomia institucional. No caso de uma instituição autônoma, como aquelas das normas dos jogos, por exemplo, certas regras vão exigir uma interpretação antes que a autoridade as coloque em prática conforme a exigência das circunstâncias, pois a linguagem utilizada na formulação, sendo deficitária e pouco clara, exigirá uma hermenêutica mais acurada. No entanto, a autoridade não é livre para colocar em prática suas convicções internas na decisão dos casos difíceis.

Tem-se aqui, um caso em que as decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como administradas por restrições institucionais, já que a autoridade não é livre para julgar como se estivesse diante de caso em que o contexto das regras sugira uma “*textura aberta*”⁹⁸, como aquela sugerida no olhar de Hart. Ou seja, se uma interpretação de determinada norma prevê a aplicação de específica forma de controle ou de garantia de ação de maneira a proteger a natureza daquilo que normatiza (natureza intrínseca daquela instituição) e outra interpretação vai contra essa natureza, isso significa que os membros dessa instituição têm direito à interpretação que a protege.

Nisso está uma característica geral dos direitos institucionais nos casos difíceis, relevante para a decisão de um juiz em um caso igualmente difícil.

Do exposto, conclui-se que as instituições autônomas possuem uma característica que a decisão da autoridade deve respeitar, a saber, aquela acerca da natureza da instituição.

Para descobrir a essência da natureza institucional, a autoridade necessita fazer um penoso caminho. Baseando-se em convenções expressas pelo modo de ação e pela história cultural, ela (autoridade) deve perseguir de forma decisiva as características inerentes à definição da instituição.

Contudo, essas convenções não valerão por si só para a definição desejada. Nesse sentido, as convenções deixam de valer de uma forma específica. Não porque sejam incompletas, mas porque são abstratas e genéricas demais para uma definição mais particular de tal maneira que toda a sua força pode ser apreendida por um conceito que admite concepções diversas, quer dizer, por um conceito contestado. Dessa forma, a autoridade deve optar por uma ou por outra concepção, não com objetivo de completar a definição desejada, mas sim, de fazê-la cumprir. Desse modo, a autoridade vai construindo a natureza da instituição por

⁹⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste

meio dos questionamentos que ela mesma se impõe. Diante desses questionamentos a autoridade terá de escolher a definição conceitual mais fiel à natureza da instituição só para depois interpretar regras e os conflitos gerados em virtude das circunstâncias (contexto) a que foi submetida, para, enfim, proferir a decisão que melhor se ajuste ao direito inerente às regras.

Observa-se tal empreendimento com suas diversas dificuldades e trata-se de uma análise conjuntural que oscila entre uma filosofia mental e os fatos da instituição cuja natureza a autoridade procura esclarecer. Esse empreendimento, por certo, é uma reconstrução imaginária de um caminho excessivamente penoso. Contudo, há de se admitir que tal tentativa de reconstrução permite analisar de que maneira o conceito da natureza da instituição autônoma é adaptada a um problema institucional particular. Definido a instituição autônoma de forma que seus integrantes possuam direitos institucionais de acordo com normas claras e objetivas, intrínsecas à instituição, poderão surgir, ainda, casos complexos e difíceis que, por definição própria, possuam uma determinada resposta em vez de supor que possuam nenhuma.

Se houver a suposição de que tudo que as partes possam esperar é a de que, em tal caso difícil, tenha um direito a que a autoridade (juiz) faça uso de seu melhor julgamento, elas terão direito ao melhor juízo da autoridade acerca da natureza de seus direitos. As razões que a autoridade oferecer em seu juízo devem ser da espécie que sustenta e justifica o reconhecimento de um direito ou a sua negação. Dessa forma, a autoridade deve acrescentar em sua decisão uma teoria geral de por que, no caso da instituição da qual é membro, as regras geram ou destroem um direito e, mais, deve ainda indicar qual julgamento se faz necessário por tal teoria geral no caso difícil.

Consequentemente, se for da maneira elencada e, se a decisão dos casos difíceis for um julgamento sobre direitos que as partes possuem de

fato, a justificativa argumentativa para esse julgamento deve ser baseado na aplicação da teoria geral ao caso difícil. Pode-se afirmar, por conseguinte, que as questões relativas à decisão de um caso difícil não pode excluir as questões de teoria política. O conceito da natureza da instituição é um instrumento conceitual que serve para articular essas questões. Seria um conceito "*contestado*", que absorveria intrinsecamente a justificativa genérica da instituição de forma a transformá-la em um dispositivo útil na formulação das diferenças no âmbito interno da instituição. Isso equivaleria a dizer que os membros da instituição concordariam não apenas com um conjunto de normas a reger a vida institucional, mas com toda a implicação conceitual gerada pelo empreendimento próprio da autoridade na interpretação intrínseca da natureza da instituição. Em outras palavras, ao se questionar em que consistiria o consentimento dos membros dessa instituição autônoma ou parcialmente autônoma, não poderíamos examinar somente as regras, mas o empreendimento como um todo.

10.5. ANÁLISE SOBRE OS DIREITOS JURÍDICOS

Segundo Dworkin, a argumentação jurídica trata justamente, nos casos difíceis, dos conceitos "*contestados*". Sua função e natureza assemelham-se ao conceito que caracterizam as instituições autônomas (como aquelas que regulam os jogos, por exemplo). Inclusive, os conceitos contestados possuem muito dos conceitos substantivos dos direitos (por exemplo, os do contrato). Contudo, os conceitos de maior significância para a argumentação jurídica contidos nos conceitos contestados é o conceito da "*intenção*" (propósito) de uma lei e o de princípios que estão presentes de forma implícita nas regras positivadas do direito.

O conceito da intenção estabelece uma ligação entre a justificação política⁹⁹ e os casos difíceis¹⁰⁰. Já o conceito de princípios estabelece uma ligação entre a justificação política da doutrina dos casos semelhantes¹⁰¹ e similares e os casos difíceis nos quais não fica objetivamente claro o que essa doutrina geral requer.

Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos. Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico – isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema – ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos¹⁰².

Nesses casos difíceis o juiz deve se perguntar qual sistema de princípios foi estabelecido. Deve elaborar uma teoria constitucional geral que sustente a Constituição em um sentido amplo e geral. Isso o impede de, por exemplo, incluir um direito preferencial forte que não estava previsto, ou em uma análise geral, não esteja harmonizado com o sentido geral de uma teoria constitucional geral. E quando um direito preferencial invade a esfera constitucional e gera dúvidas profundas sobre sua compatibilidade e não com o sistema jurídico vigente, o juiz não deve ignorar outras regras constitucionais restantes nem deve esquecer de analisar as práticas contextuais de tais regras, para verificar se há ou não

⁹⁹ (da tese geral de que as leis criam os direitos).

¹⁰⁰ (que questionam sobre que direitos são criados por uma lei determinada).

¹⁰¹ Segundo a qual os casos semelhantes devem ser julgados de forma igual. Já os casos difíceis ímpares devem ser decididos de acordo com uma doutrina geral confrontados com a similaridade dos casos semelhantes.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

compatibilidade de acolhimento desse direito preferencial com o sistema jurídico analisado de forma integral.

Contudo, esse teste que ilustraria qual posicionamento seria superior mostra-se ainda insuficiente para a decisão desses casos difíceis. Note-se que o juiz, em circunstâncias como estas,

deve, portanto, examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política¹⁰³.

O juiz deve analisar a questão tendo que decidir qual concepção da ideia geral acerca daquele direito preferencial é a elaboração convincentemente mais satisfatória. Se não fizer isso, o juiz não terá como levar adiante a idéia de um “*empreendimento*” jurídico. E conseqüentemente, não terá como responder de forma eficiente qual é o sistema político estabelecido pela Constituição que obedece.

Dessa maneira, o juiz deve elaborar uma teoria da constituição. Essa deve ser desenvolvida como um conjunto complexo de princípios e políticas que sustentem a estrutura organizativa de um governo. Ao desenvolver tal teoria, o juiz deve referir-se de forma alternada a uma filosofia política e aos pormenores institucionais. Assim,

deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza¹⁰⁴.

Nos casos difíceis e controversos os juízes deveriam começar se questionando por que uma lei possui o poder de modificar os direitos jurídicos. Essa resposta poderá ser encontrada na análise da teoria

¹⁰³ Ibid, p. 167.

¹⁰⁴ Ibid, p. 168.

constitucional. Conseqüentemente, essa teoria colocará determinadas responsabilidades ao poder legislativo como a imposição de restrições que refletem os direitos individuais e de um dever geral de garantir as metas coletivas que estabeleçam o bem-estar da comunidade. Este fato dá aos juizes um eficiente teste nos casos difíceis.

Ele [juiz] poderia perguntar-se qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz. Em outras palavras, isso nos remete mais uma vez à pergunta do árbitro a respeito da natureza do jogo. Pede a construção, (...) de uma teoria política especial que justifique essa lei melhor do que qualquer teoria alternativa, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ibid, p. 169.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O empreendimento nessa seara jurídica foi de tirar o fôlego. Traduzir em uma labuta acadêmica o que foi elaborado em décadas de enfrentamento, reformulações e discussões intelectuais é uma pretensão que esteve longe dos objetivos dessa monografia.

A genialidade humana permite muitos desdobramentos e posicionamentos os quais o desenvolvimento intelectual, confrontados com a práxis, com o elemento fático, e o decorrer do tempo, permitem ou impõem esclarecimentos, posicionamentos e até mesmo reformulações das teorias acerca do direito que, muitas vezes, inicialmente contraditórias ou concorrentes, restam ao final, distintas (por constituírem objetos diversos) e complementares (devido a complexidade da cultura jurídica).

Por fim, após o estudo acerca de uma teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica na visão de Hart e Dworkin, passo à exposição das considerações finais, destacadas nos seguintes pontos:

a) A questão preliminar ou fundamental. No livro *O Conceito de Direito*, Hart propôs o enfrentamento de uma das principais questões da teoria jurídica: "o que é o direito?" Tal questão implicou três problemas correntes na teoria jurídica: as relações entre o direito e a coerção, entre o direito e a moral, e entre o direito e as regras.

No enfrentamento destas questões, Hart desenvolveu sua teoria do direito: geral e descritiva (um sistema jurídico qualquer em uma sociedade complexa com uma estrutura do direito no qual seu funcionamento não levaria em conta a justificação moral das práticas jurídicas estudadas).

Por isso, na tese hartiana, a análise linguística e a descrição sociológica são fenômenos que mutuamente se relacionam. Mais preocupado em descrever a estrutura típica de um sistema jurídico, do que dar significado à palavra "direito", seu foco era a prática social, a maneira como os cidadãos enfrentavam as circunstâncias reguladas pelo

direito e a linguagem que se utilizavam para referir-se a elas. Conclui-se que, esta aproximação linguístico-sociológica alicerça as normas jurídicas sobre uma base sociológica e a teoria do direito sobre uma teoria social.

Justamente, esta perspectiva diferenciou o posicionamento positivista de Hart daquele positivismo tradicional ancorado em dois pilares fundamentais: por um lado a discussão entre teoria jurídica analítica (descritiva) e teoria jurídica crítica (ou avaliativa) e, por outro, a defesa da tese de que os fundamentos de um sistema jurídico não podiam estar baseados em nenhuma teoria moral ou justificativa e, sim, na insistência de que esses fundamentos do sistema jurídico eram adequadamente descritos nos termos moral e valorativamente neutros de um costume geral de obediência a um legislador soberano.

Neste aspecto, o direito seria um conjunto de ordens sustentadas por ameaças definidas pelo soberano no exercício do seu poder legislativo ilimitado. Hart até compartilha daqueles dois pilares, contudo, rechaça a conclusão segundo a qual o critério de identificação das regras jurídicas estaria no costume (hábito) dos cidadãos em obedecer a um soberano que as faz cumprir sob o crivo da ameaça de uma pena ou de um castigo.

Para Hart, a noção fundamental para a compreensão da estrutura e do funcionamento do direito estaria na tese da regra de reconhecimento. A idéia de ordem, costume, obediência e coerção seriam inadequadas à compreensão da prática social de uma sociedade regida por regras jurídicas. Para a compreensão do conceito de obrigação seria indispensável a noção de regra. De fato, sustentar que um cidadão tem uma obrigação jurídica significa dizer que há uma regra que prevê tal obrigação e que a situação fática vivida por ele estaria na esfera de aplicação da regra.

Essas limitações do positivismo tradicional desafiaram Hart à dedicação da tarefa de reconstrução do positivismo.

b) A tese positivista da regra de reconhecimento. Para a tese hartiana a regra de reconhecimento consistiria na possibilidade de

identificação do direito vigente em uma sociedade por meio de um parâmetro independente da moral. Foi esse parâmetro que Hart definiu como regra do reconhecimento.

As regras jurídicas estariam organizadas de forma hierárquica, assim, sua validade dependeria de sua conformidade com as regras juridicamente superiores em um regime cadencial. Observou-se que a estrutura hierárquica permitia determinar a pertença e a validade de uma norma ao sistema jurídico por meio de uma prova de origem (ou de linhagem), chamada de *pedigree*. Do exame da cadeia jurídica de origem (derivação), se provaria que tal norma pertenceria à estrutura jurídica e possuiria validade.

A superioridade hierárquica da Constituição, critério supremo em Hart, era óbvia. Para Hart, a validade da Constituição seria estabelecida por uma regra que determinaria *que "aquilo que a Constituição diz é direito"*. Esta seria a regra de reconhecimento do sistema jurídico, que forneceria os critérios de validade. Ao fornecer o critério supremo de validade, a regra de reconhecimento seria uma regra última de validade do sistema jurídico.

Observou-se que, igualmente, haveria uma distinção entre o critério supremo e a regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento seria aquela que sustenta que *aquilo que diz o critério supremo (Constituição) é direito*. Tal regra forneceria o critério supremo e os demais critérios de validade do sistema.

Da regra de reconhecimento não se poderia deduzir sua validade, porque não haveria nenhuma regra que estaria acima dela que pudesse ser sua fonte de validade, senão sua existência fática. Concluiu-se que a regra de reconhecimento possuiria um caráter "jurídico-social": seria fonte de validade do critério supremo, conseqüentemente, seria a regra última do sistema jurídico; e a descrição de um fato social alicerçado na aceitação prática do critério supremo e dos critérios subordinados que serviriam de parâmetros de identificação das normas de um sistema jurídico.

Ao incluir o elemento fático na regra de reconhecimento, Hart estabeleceu outra diferença em relação ao positivismo tradicional, descartando o postulado Kelseniano para o qual essa regra não era um fato senão um "*pressuposto*" do esquema de validade de um sistema jurídico. Para o positivismo tradicional, a validade de uma norma superior de um sistema jurídico seria pressuposta e, a enunciação dessa pressuposição, seria a norma básica do sistema jurídico.

Na tese hartiana, a regra de reconhecimento estabeleceria os critérios de validade, o que não significa que seja ela própria validada por esses critérios. A regra de reconhecimento não poderia ser válida nem inválida, uma vez que ela seria simplesmente aceita para estabelecer adequadamente os critérios de validade.

Outra crítica de Hart ao positivismo tradicional seria a afirmação de que a existência da regra de reconhecimento seria apenas um pressuposto lógico. Ora, o fato de que os cidadãos de uma sociedade jurídica não "expliquem" a regra de reconhecimento, mas a "usem" na identificação do direito aplicável ao caso concreto, não significa que sua existência seria apenas um pressuposto lógico. Para Hart, a regra de reconhecimento existiria como uma prática social efetiva que poderia ser enunciada por meio do fato externo.

c) *A relação "linguagem e discricionariedade" nos casos difíceis.* Hart baseou-se na constatação de que a linguagem humana e, conseqüentemente, a linguagem jurídica seriam limitadas. Mesmo possuindo significados suficientemente precisos para a comunicação, haveria uma "vagueza", como uma "textura aberta" da linguagem que afetaria o mundo das comunicações jurídicas.

Essa "textura aberta" ocorreria porque as regras jurídicas não seriam dirigidas aos casos particulares, mas às classes de pessoas; elas permaneceriam vigentes por um longo tempo, sendo aplicadas às circunstâncias fáticas futuras que não poderiam ser previstas no momento de sua criação.

Os termos jurídicos de “textura aberta” dificultariam sua interpretação. Nasceria a necessidade da utilização da analogia na solução dos casos difíceis. Toda expressão lingüística possuiria um núcleo forte de significado e uma área de penumbra. Tal núcleo se conformaria com os casos de fácil interpretação, enquanto a área de penumbra seria afeta aos casos de difícil interpretação, gerando controvérsias quanto à aplicação do significado das expressões ao caso concreto analisado.

Por isso, os casos difíceis poderiam ser resolvidos com base em um critério aproximativo de análise, utilizando-se da analogia com os casos fáceis.

O tema dos casos fáceis e difíceis foi questão central no debate Hart-Dworkin. Hart sustentou que a “textura aberta” seria um traço intrínseco à linguagem jurídica. Na decisão dos casos difíceis haveria mais que uma interpretação razoável, permitindo aos juízes o uso da discricionariedade para o julgamento. Quando a regra aplicável seria imprecisa, o juiz não possuiria outra saída senão a escolha daquela interpretação que julgasse mais prudentemente adequada.

Nessas situações excepcionais, o juiz não estaria a aplicar o direito, já que as regras não lhe indicam qual a direção a ser tomada; estaria a criar o direito para o caso concreto.

d) A crítica à reformulação positivista de Hart. Dworkin sustentou que nem todos os casos difíceis têm sua origem na “textura aberta” de um termo de uma regra jurídica. Da mesma forma, afirmou que seria errôneo sustentar que nos casos difíceis o juiz teria o poder da discricionariedade. Em um processo judicial as partes teriam direito a uma solução segundo as normas preexistentes do sistema jurídico, havendo uma única resposta correta; os juízes não possuiriam poder discricionário algum nem poderes de criação das normas jurídicas.

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin sistematizou sua análise sobre a teoria hartiana articulando sua crítica. Dedicou-se, então, a atacar as bases estruturais do positivismo.

e) *Crítica de Dworkin ao positivismo de Hart.* O positivismo sustentou que o direito seria um conjunto de regras que seriam identificadas por meio de uma única regra de reconhecimento (primeira tese). Afirmou ainda que, esse conjunto de regras válidas esgotaria o conteúdo do direito e, não havendo regra clara que seja identificada pela regra de reconhecimento ao caso concreto, os juízes teriam poder discricionário para decidir (segunda tese). Defendeu igualmente que, os direitos e obrigações poderiam originar-se somente de regras jurídicas as quais seriam validadas pela regra de reconhecimento. Consequentemente, nos casos difíceis em que não haja regras jurídicas validadas pela regra de reconhecimento, não se poderia sustentar que uma das partes do litígio teria direito a alguma decisão a seu favor (terceira tese).

A crítica central dworkiniana referiu-se à concepção fundamental segundo a qual o direito seria concebido como regras reconhecíveis por sua origem, as quais estariam em conformidade com normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico. Entretanto, para a tese dworkiniana não seriam todas as normas jurídicas regras precisas (as de tipo penal ou processual, por exemplo). Na legislação e na prática jurídica existiriam, também, “princípios” que possuiriam estrutura e funcionamento distintos das regras e que seriam aplicados pelos juízes tanto aos casos fáceis como aos difíceis. Sem falar que, tais princípios não poderiam ser identificados por uma regra social de reconhecimento como a proposta por Hart.

Por este motivo que, para Dworkin, os juízes, em casos difíceis, não possuiriam poder discricionário para criar o direito, já que deveriam aplicar os princípios vigentes no sistema jurídico.

Consequentemente, mesmo que não haja regras aplicáveis ao caso concreto, haveria princípios que o seriam. Dessa forma, uma das partes integrantes no litígio teria direito a que o juiz reconhecesse em sua sentença que determinados princípios lhe assistiria razão.

Abrindo um parêntese, neste contexto surgiu uma questão interessante para futura linha de pesquisa: porque um positivista (aquele que pensa o direito como um conjunto especial de regras) seria quase que inevitavelmente conduzido a explicar os casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém (geralmente, o juiz).

f) As regras, princípios e políticas. Em sua crítica ao positivismo “excelente” de Hart, Dworkin articulou sua estratégia em torno do fato de que os juristas recorreriam a padrões que não operariam como regras, mas como princípios, políticas e outras espécies de padrões, quando estão a raciocinar a respeito de direitos e obrigações jurídicos, em especial nos casos difíceis.

Para a análise dworkiniana, o positivismo de Hart seria um “*modelo de e para um sistema de regras*”. E sua noção essencial de um único teste fundamental para o direito impediria e ignoraria a desenvoltura importante de papéis desempenhados por padrões que não seriam regras.

Segundo Dworkin, “*política*” seria um tipo de padrão que objetivaria alcançar, de modo genérico, melhorias nos aspectos econômicos, político e social de determinada sociedade. “*Princípio*” seria uma espécie de padrão que deveria ser observado mais por ser uma condicionante de justiça ou equidade (uma dimensão moral), do que uma condicionante importante para promover as melhorias econômicas, políticas ou sociais.

Essas distinções entre “*política*” e “*princípio*” tornaram-se importantes na crítica de dworkiniana, pois mal ou confusamente interpretadas, poderiam provocar a ruína de sua análise como, por exemplo, tomar uma “*política*” por “*princípio*” ou ao contrário.

g) A distinção entre princípios e políticas. Para evitar confusões terminológicas, Dworkin distinguiu os princípios das regras. De fato, percebeu-se que princípios jurídicos não seriam regras jurídicas. A diferença seria de natureza lógica. Embora apontassem para decisões particulares sobre uma obrigação jurídica em determinadas circunstâncias,

as regras teriam aplicação do tipo “tudo ou nada” (seriam válidas ou não). Isso determinaria a validade ou não daquilo que a regra disporia. Entretanto, as regras possuiriam exceções e todo enunciado delas para ser completo deveria contê-las, pelo menos teoricamente, não importando a quantidade das exceções que houvesse.

Tal circunstância já não ocorreria com os princípios jurídicos. Embora fossem muito semelhantes às regras jurídicas não apresentariam, pragmaticamente, as consequências que se seguiriam por força de um enunciado disposto em uma regra jurídica. Os princípios jurídicos não aceitariam a lógica do “*tudo ou nada*”, do “*válido ou não válido*”.

Aos princípios jurídicos não caberiam a figura da exceção como aos casos das regras jurídicas. Nas regras jurídicas as exceções se tornariam aplicáveis no mesmo teor da regra jurídica geral, válida ou não. Nos princípios jurídicos não haveriam condições estabelecidas que tornassem necessária a aplicação daquilo que o princípio disporia. Ele enunciaria uma razão que conduziria o argumento em certa direção, necessitando ainda de uma decisão particular.

Outra relevante diferença entre ambos seria a dimensão do peso ou da importância. Os princípios possuiriam e as regras não. Quando os princípios se enfrentam, a autoridade que decidiria deveria levar em consideração a força relativa de cada um deles. Embora essa consideração não seja mensurável e a escolha de um princípio baseado em sua maior relevância seria objeto de controvérsia, mesmo assim, não se poderia negar que a dimensão do peso faria parte integrante do conceito de um princípio.

Quanto às regras, caberia perguntar se seriam funcionalmente importantes ou não. A regra poderia ser mais importante do que outra por desempenhar um papel maior ou mais importante na regulação de determinado comportamento. Contudo, quando uma regra entra em conflito com outra, não se poderia dizer, como nos princípios, que uma suplantaria a outra, pois quando duas regras entrassem em conflito uma delas não seria válida.

Para Dworkin, uma decisão que determinasse qual delas seria válida e qual deveria ser abandonada ou reformada deveria se ancorar em considerações que iriam além das próprias regras.

Uma dificuldade que se apresenta nesta conjuntura seria a de que nem sempre a forma de um padrão deixaria claro se ele seria objetivamente um princípio ou uma regra. E a distinção entre ambas nem sempre seria fácil em um sistema jurídico. O que não impediria de perceber que, por outro lado, regras e princípios, também em determinados casos, poderiam ser tão semelhantes que a diferença se tornaria apenas uma questão de forma.

h) O conflito nas regras e nos princípios. Haveria a possibilidade da existência de outros princípios e políticas que poderiam argumentar em direções diversas, aparentemente em conflito. Isso indicaria que um princípio poderia não prevalecer, dado a relevância conjetural de outro princípio. Contudo, seria errado dizer que um deles não seria um princípio do sistema jurídico ou que estivesse fora do sistema. O que estaria a ocorrer seria que haveria considerações que, ou se tornaram ausentes, ou perderam força diante das situações de escolha. Enquanto uma regra jurídica inválida estaria fora do sistema jurídico, os princípios permaneceriam com maior ou menor força; inclusive os princípios poderiam coexistir concomitantemente, ao passo que uma regra jurídica válida não coexistiria com uma inválida.

Dessa forma, a afirmação de que um princípio particular seria parte do direito, e sendo ele relevante, significaria sustentar a tese de que este princípio deveria ser levado em consideração pela autoridade como uma razão que inclinaria a decidir nesta ou em outra direção.

i) Os princípios jurídicos e os casos difíceis. Para Dworkin os princípios jurídicos seriam tipos particulares de padrões diferentes das regras jurídicas. Embora fizessem parte da vida cotidiana da comunidade, eles atuariam com mais vigor nas questões judiciais difíceis. Nos casos

difíceis os princípios desempenhariam um papel fundamental sobre os argumentos sustentando as decisões acerca de obrigações e direitos jurídicos particulares. Uma vez decidido o caso, tal decisão regulamentaria uma regra particular. Todavia, essa regra anteriormente não existia. Assim, para resolver o caso, o tribunal adotaria princípios para fundamentar a aplicação de regra nova ou até mesmo para justificar a aplicação de uma nova hermenêutica a uma lei vigente aplicável ao caso. Dessa forma, não haveria como negar o importante papel desempenhado pelos princípios jurídicos na justificação e formulação das decisões jurídicas em casos específicos. O que se deveria questionar seria que grau de importância teria o papel desempenhado pelos princípios. Para Dworkin, a análise do conceito de obrigação jurídica poderia ajudar nesse questionamento.

j) Conceito de obrigação jurídica. Para a compreensão do grau de importância do papel desempenhado pelos princípios, dois pontos de vista distintos na análise do conceito de obrigação jurídica seriam necessários. Trata-se de questões relativas à escolha de dois conceitos acerca de um princípio jurídico, gerando diferentes conseqüências sobre a escolha de qual das abordagens nortearia as decisões.

Em uma abordagem, os princípios seriam tratados da mesma maneira que as regras. Afirmação de que alguns princípios teriam obrigatoriedade de lei. Consequentemente, os juízes deveriam levá-los em consideração no momento de tomar suas decisões sobre as obrigações jurídicas. Isso equivaleria a dizer que o “*direito*” se constituiria de regras e princípios.

Em outra abordagem, se negaria a obrigatoriedade legal dos princípios na mesma intensidade da obrigatoriedade das regras. O que equivaleria afirmar que, nos casos difíceis, os juízes iriam além das regras que eles deveriam aplicar, significaria ir além do “*direito*”. Neste caso, o juiz exerceria a liberdade de aplicar princípios extralegais, se assim

achasse conveniente, equilibrado ou apropriado para o exercício da jurisdição.

Em outras palavras, se os princípios fossem acolhidos como obrigatórios para os juízes, esses incorreriam em erro quando não os aplicassem aos casos pertinentes. Se fossem tratados como razões que os juízes adotariam para justificar decisões que iriam além dos padrões que os obrigassem, estariam utilizando-se de um poder discricionário. Estariam baseando-se em princípios extralegais, ao sabor da liberdade em relação às condicionantes legais.

A escolha entre estas duas abordagens afetaria e determinaria qual resposta se deveria dar aos casos difíceis. Se o juiz estaria a aplicar direitos e obrigações jurídicos preexistentes.

Ao adotar a obrigatoriedade dos princípios como se fossem regras jurídicas, se poderia argumentar que, uma vez os juízes aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estariam igualmente aplicando obrigações e direitos jurídicos. Ao passo que, negando a obrigatoriedade legal dos princípios na mesma intensidade da obrigatoriedade das regras, se teria abandonado a dimensão dos tribunais de tal maneira que a decisão resultaria ou numa privação ou em um reconhecimento do direito e das obrigações por um ato decisório do juiz, sustentado no seu poder discricionário, à moda não de padrões jurídicos obrigatórios preexistentes, mas *ex post facto*.

1) Crítica à base estrutural positivista: a teoria da regra social. No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin publicou um artigo denominado *Regra Social e Teoria Legal* no qual atacou a base de sustentação das três teses positivistas, a “teoria da regra social”. Para Hart, as regras sociais estariam constituídas por uma conduta uniforme dos cidadãos que dariam conformidade ao grupo social (aspecto externo – ponto de vista externo), unida à utilização de tais regras como fonte de críticas e exigências (aspecto interno – ponto de vista interno).

Na ótica de Dworkin, estas duas características não explicariam de forma satisfatória a existência de regras sociais como as morais, até

porque estas seriam reivindicadas independentemente da frequência com que seriam observadas pelos cidadãos. Isso demonstra os erros do sustento sociológico que Hart pretendeu dar as regras sociais, entre elas as jurídicas, particularmente a regra de reconhecimento, e a necessidade de ampliar o conceito de direito para a inclusão dos princípios "justificativos" das práticas jurídicas.

Neste mesmo livro, o artigo "*Os Casos Difíceis*" trouxe ao público a primeira exposição da "*teoria dos direitos*", fruto de sua análise ao positivismo de Hart.

Contra a tese da discricionariedade, Dworkin construiu um método de decisão personificado por um juiz (Hércules) com capacidades extraordinárias. Dedicado a encontrar em cada caso difícil os princípios que explicariam a melhor maneira possível de interpretação das regras vigentes e que provariam a melhor justificação moral para a decisão do caso.

Para a tese dworkiniana os juízes, seguindo o método de Hércules, poderiam proferir sentenças corretas nos casos difíceis sempre no domínio da aplicação do direito sem recorrer ou se submeter ao campo da criação das normas jurídicas.

m) A resposta de Hart. A resposta de Hart às críticas de Dworkin consistiu em observações realizadas em conferências e na defesa sistemática da sua tese (de Hart) desenvolvida no *Postscriptum*.

Nessas observações, Hart desenvolveu algumas dificuldades da tese dworkiniana, especialmente a ampliação do conceito de direito para a inclusão dos princípios justificativos e para a afirmação da existência de uma resposta correta aos casos difíceis.

Hart questionou ainda, a afirmação de que a teoria jurídica que uniria a descrição e a justificação seria mais iluminadora que outra teoria como a sua, que tentara descobrir a estrutura do direito sem justificá-la e criticá-la.

Para Hart, ainda que se siga um método jurídico como o proposto em Hércules, aos casos difíceis poderiam sobrevir mais de uma resposta correta, mais de uma interpretação coerente, baseadas em princípios afetos ao caso, no qual caberia ao juiz irremediavelmente escolher qual interpretação seria a mais apropriada (discricionabilidade).

A única maneira de defesa da posição de Dworkin seria a afirmação de que em cada caso difícil haveria um único conjunto de princípios aplicáveis que serviriam de base para a resposta adequada. Mas isto pareceria ser contrário à prática jurídica. Ao defender tal tese, Dworkin pareceu negar a complexidade e a contradição presente nos sistemas jurídicos.

n) *A teoria dworkiniana: o direito como integridade.* Nesta teoria, Dworkin estabeleceu a relação entre a criação literária e a jurisdição ou a aplicação judicial do direito, relação essa que constituiu lugar central em sua teoria. Enfrentou o aspecto mais controvertido de sua tese – a existência de uma resposta correta no direito –, refutando as críticas dos céticos apelando para a prática jurídica, onde evidenciaria que os operadores do direito geralmente estariam convencidos da existência de uma única resposta adequada a caso analisado. Sustentou ainda, que os conflitos entre princípios seriam excepcionalmente mais raros do que pensavam os positivistas.

No livro *A Lei do Império*, sua teoria foi fruto do diálogo com Hart e outras correntes do pensamento jurídico que se contrapuseram à teoria do direito como integridade, como seria o caso do *Convencionalismo*, para o qual o direito consistiria somente em regras estabelecidas claramente pelo legislador no passado, devendo, por isso mesmo, ser interpretadas de acordo com a intenção do legislador sem adaptações pelo juiz aos casos inusitados. Não havendo regra clara, não seria possível afirmar que o juiz estaria a decidir tais casos “dentro do direito”, e como seria o caso do *Pragmatismo* para o qual os juízes, ao proferir suas sentenças, deveriam estar atentos às consequências sociais de suas decisões, não podendo

atender unicamente as regras vigentes e os precedentes judiciais. Consequentemente, a interpretação judicial das regras deveria ser moldada de maneira a alcançar um resultado social mais apropriado e conveniente.

Para Dworkin, os questionamentos sobre o que seria o direito – descrição – e o que deveria ser o direito – justificação e crítica – estariam entrelaçados, tanto na prática como na teoria jurídicas.

Com efeito, a tese dworkiniana conceberia a jurisdição como uma tarefa governada por uma virtude presente nas culturas jurídicas e morais que se ocupariam com ela. Essa virtude seria a integridade, compreendida como o compromisso das autoridades públicas de tratar os particulares de modo consistente com os princípios de moralidade política, moldados e modeladores das instituições formadoras da sociedade. Assim, a concepção de jurisdição e de direito seriam fruto da descrição mais próxima e adequada do funcionamento do direito como da justificação moral mais compreensível das práticas jurídicas.

o) Análise crítica da teoria dominante. No supracitado *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin sustentou que argumentos jurídicos adequados repousariam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada sociedade. Discorreu sobre a existência de uma teoria dominante do direito, dividida em duas partes, uma normativa e outra conceitual. Tal teoria seria um dos objetos da crítica dworkiniana.

A parte normativa referiu-se à teoria sobre o que seria o direito. Tratava-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para encontrar a verdade de uma proposição jurídica. Elas consistiriam em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em mais nada que isso. O que consistiria o chamado “*positivismo jurídico*”.

A parte conceitual referiu-se à teoria sobre como o direito deveria ser. Tratava-se do modo como as instituições jurídicas deveriam ser e comportar-se. O direito e suas instituições deveriam estar a serviço do

bem estar geral e nada mais que isso. Tratava-se do “utilitarismo jurídico”.

Para a tese dworkiniana, uma teoria do direito necessitaria ser concomitantemente normativa e conceitual.

O positivismo jurídico e o utilitarismo econômico seriam doutrinas complexas na teoria dominante do direito, gerando inúmeras críticas.

Além da complexidade, a teoria dominante do direito também seria criticada por ser excessivamente racionalista.

Para o positivismo jurídico, na parte conceitual, haveria a sustentação da idéia de que o direito seria produto de decisões deliberadas e intencionais. Na parte normativa, a teoria recomendou decisões baseadas em tais decisões, pois se pressupunha serem cidadãos habilitados, conhecedores e virtuosos o suficiente para proferir eficientemente deliberações em condições de substancial incerteza, em meio a comunidades complexas.

As críticas proferidas ao individualismo e ao racionalismo da teoria dominante seriam frequentemente associadas nas discussões políticas, a posturas de “esquerda”. Sustentavam que o formalismo próprio do positivismo jurídico forçaria os tribunais a dispensar uma justiça substantiva em favor de uma deficitária justiça processual. Sustentavam a ideia de que o utilitarismo econômico promoveria consequências injustas, perpetuando a pobreza como meio para a promoção da eficiência.

Por outro lado, para alguns pensadores com posturas de “direita” como Edmund Burke, além da crítica ao racionalismo e ao individualismo positivistas, o verdadeiro direito de uma coletividade não seria somente constituído, de forma exclusiva, por decisões deliberadas, mas igualmente pela moral costumeira e difusa, fortemente influenciadora dessas decisões. Para essa corrente, o utilitarismo econômico seria excessivamente insistente ao afirmar que as decisões deliberadas contrárias à moral convencional poderiam aumentar o bem estar da coletividade. Por isso, seria necessário confiar mais na cultura social

estabelecida do que na estrutura monumental da sociedade utilitarista, que desprezaria a contribuição da própria história.

Para Dworkin, ambas as posturas (direita e esquerda) concordavam em condenar a teoria dominante por sua principal e excessiva preocupação com o destino dos cidadãos enquanto cidadãos. A idéia de direitos individuais se resumiria a um câncer que a teoria dominante sofreria, e nada mais.

Na verdade, nenhuma dessas críticas colocou em dúvida o aspecto predominante e específico da teoria dominante: ela seria deficitária porque não aceitou a ideia de que os cidadãos poderiam ter direitos contra o Estado, direitos anteriores àqueles criados pela própria legislação explícita.

Dworkin defendeu a ideia de que os direitos individuais seriam, por isso mesmo, instrumentos políticos que os cidadãos possuiriam. Deteriam direitos quando, por determinada razão, um objetivo coletivo não se sustentaria por si só como justificativa suficiente para negar-lhe o que, como cidadão, desejaria ter e fazer, ou ainda, quando a justificativa do objetivo comum seria insuficiente para impor-lhe alguma perda ou dano.

p) A idéia dos direitos preferenciais e institucionais. Caberia aqui o estabelecimento de distinções entre os diversos tipos de direitos que os cidadãos possuiriam, com destaque para duas formas de direitos políticos: os preferenciais e os institucionais.

Os preferenciais seriam àqueles direitos que, embora considerados abstratamente, prevaleceriam contra as decisões coletivas como um todo. Os institucionais seriam aqueles que prevaleceriam contra as decisões tomadas por uma instituição.

Para a tese dworkiniana, os direitos jurídicos seriam espécies particulares de um direito político, ou seja, de um direito institucional a uma decisão de um tribunal.

Para a visão positivista do direito os indivíduos somente possuiriam direitos jurídicos se estes tivessem sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. Visão obviamente criticada por Dworkin.

q) Uma teoria conceitual alternativa. Dworkin sustentou que os indivíduos poderiam ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. Poderiam ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, inclusive em casos difíceis. Ocasão em que não existiriam decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas em favor de uma ou outra parte.

Essa compreensão alternativa possibilitou vencer aquele argumento no qual as partes normativa e conceitual de uma teoria do direito seriam, inequivocadamente, independentes, quase que de forma invencível. Criou-se uma ponte entre as partes normativa e conceitual na teoria alternativa.

Surgiu a possibilidade de uma teoria normativa da decisão judicial que enfatizaria a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política, defendendo a idéia de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios seriam compatíveis com os princípios democráticos.

r) O problema crucial: os princípios morais. A tese dworkiniana sustentou que o fracasso das teorias do direito estaria relacionado ao fato crucial de que elas ignoraram que os problemas da teoria do direito seriam, no fundo, problemas relativos a princípios morais (teoria moral) e não a estratégias ou aos fatos jurídicos.

Para Hart, o fato do direito incorporar juízos morais do homem comum seria uma preliminar necessária para a avaliação crítica tanto do direito como da moralidade popular sobre a qual ele se assentaria.

Para uma crítica eficiente seria necessário ter clareza sobre qual juízo ou prática moral o direito refletiu. Após se ter clareza, precisar-se-ia questionar se essa prática ou juízo seria sensato, bem fundado ou coerente, com outros princípios que o direito alegaria servir.

Segundo Dworkin, o erro de Hart consistiu em deduzir dessa maneira a teoria da responsabilização moral; ele confundiu duas razões as quais a violação da lei poderia ser moralmente errada: poderia ser errado violar uma lei porque o ato que a lei condena seria errado em si mesmo; ou poderia ser errado porque a lei o proibiria (mesmo que o ato condenado não fosse errado em si mesmo).

Não se infere daí que uma pessoa seria moralmente responsável todas as vezes que fizesse algo que a lei proibisse. Poderia não ser responsabilizado porque a lei seria tão iníqua ou injusta que deixaria de existir a obrigação moral de obediência à lei. Ou ainda, ela poderia não ser responsabilizada porque o seu ato fora praticado acidentalmente ou inadvertidamente, ou por alguma excludente de responsabilização.

Com efeito, o direito deveria tratar o ser humano como fim e não como meio. Tratava-se do princípio do tratamento com respeito e dignidade. E neste caso, o exercício hermenêutico precisaria superar o racionalismo, o individualismo e o formalismo normativista da lei, próprios da ótica positivista.

Para Hart, seria necessário enfatizar os princípios morais que agiriam como constrangimento sobre o direito, em lugar de citar os objetivos conflitantes do direito. O argumento deveria concentrar-se em doutrinas jurídicas que estariam assentadas nas tradições dos povos para apoiar a alegação de que a sociedade não teria direito de, por exemplo, interrogar um homem sem seu advogado, pouco importando se isso beneficiaria ou não a maioria.

Seria compreensível a opinião de que nem sempre uma pessoa poderia ser moralmente responsabilizada todas as vezes que cometesse ato que a lei proibisse, já que poderia acontecer que a lei seria tão iníqua a ponto de extinguir a obrigação moral geral de obedecê-la.

Entretanto, as questões críticas permaneceriam e não pareceriam estar sanadas, pois ainda seria possível questionar se as atitudes convencionadas pela sociedade a respeito da responsabilização e punição realmente seriam cruciais para o direito.

s) *A perspectiva de Hart e Dworkin*. Notou-se que a natureza da teoria do direito em Hart seria distinta da de Dworkin. Hart dedicou-se ao desenvolvimento de uma teoria acerca do direito que fosse, por sua vez, geral e descritiva. Geral no sentido de que não estaria presa a nenhum sistema jurídico particular; apenas buscaria fazer uma exposição explicativa e esclarecedora do direito como uma instituição social política complexa que possuiria aspecto governado por regras (por isso mesmo, um sistema normativo). Descritivo no sentido de tal teoria do direito, sendo moralmente neutra, seus objetivos não procurariam justificar nem recomendar com base em um fundamento moral (ou de outra índole).

Dessa forma, a teoria do direito, assim concebida, descritiva e geral, seria um projeto que diferiria radicalmente da concepção de Dworkin acerca da teoria do direito (*jurisprudence*), parcialmente valorativa e justificativa e dirigida a uma cultura jurídica particular.

A tarefa central do direito, assim concebida, seria caracterizada por Dworkin como “interpretativa” e avaliativa, pois consistiria em identificar os princípios que melhor se adaptassem ao direito estabelecido e às práticas de um sistema jurídico que, ao mesmo tempo, forneceria a melhor justificação moral delas mostrando, dessa forma, o direito sob seu melhor aspecto. Para Dworkin, os princípios assim identificados não somente formariam parte de uma teoria do direito senão que constituiriam igualmente, de maneira implícita, parte do direito mesmo. Para a tese dworkiniana, “la filosofía del derecho – jurisprudence – es la parte general de la adjudicación, el prólogo silencioso a cualquier decisión em Derecho”.

Observou-se que, da presente análise, não resultaria evidente porque deveria se suscitar um conflito de importância entre projetos tão distintos como a concepção da teoria de direito de Hart e a de Dworkin. A tese dworkiniana estaria voltada à elaboração das vantagens comparativas de três explicações diferentes acerca da maneira em que o direito (decisões políticas anteriores) justificaria a coerção e, por conseguinte, confrontaria três formas diferentes de teorias do direito que

as denominaria de “convencionalismo”, “pragmatismo” e “direito como integridade”.

Para Hart, tudo o que Dworkin escreveu sobre esses três tipos de teoria seria de grande importância e interesse como contribuição a uma filosofia do direito valorativa e justificativa. E isso não lhe constituiria problema algum. O conflito não estaria na elaboração dworkiniana das ideias interpretativas, mas sim da sustentação de que a teoria do direito positivista de Hart poderia ser reformulada, de maneira esclarecedora, como uma teoria interpretativa. Para Hart, tal sustentação seria equivocada, levando-o à rejeição da versão interpretativa de sua teoria, segundo a qualificação de Dworkin. O conflito concentrou-se na postura de Dworkin que pareceu excluir uma teoria geral e descritiva do direito como algo carente de sentido ou inútil. Este dado seria fundamental, cujo distanciamento oportunizado pelo tempo e décadas de embates, faria perceber com mais nitidez duas ideias acerca da teoria do direito representadas pelo distinto esforço de Hart e Dworkin. O primeiro, sob o império ótico de uma teoria do direito geral e descritiva com consequências eminentemente normativas (em cujas lacunas caberiam o poder discricionário e criador do juiz – visto que parte da moral e dos princípios não constituiriam parte do direito). O segundo, sob o império ótico de uma teoria do direito valorativa e justificativa, cuja postura interpretativa (hermenêutica) trataria o direito como integridade (a moral e os princípios fariam parte do direito).

REFERÊNCIAS

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

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

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, Press, 1986.

DICIONÁRIO LAROUSSE ÁTICA. *Espanhol – Português; Português – Espanhol*. São Paulo: Geográfica editora, 2002.

FERNANDÉZ, Gretel Eres et FLAVIAN, Eugenia. *Minidicionário Espanhol – Português; Português – Espanhol*. 17ª ed. São Paulo: Gráfica Ave-Maria, 2000.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert L.A. **El Concepto y a la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1994.

HART, H.L.A. **Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Laws: Clarendon Press, Oxford, 1968.**

HART, H.L.A. **1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy**, en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* .

HART, H.L.A. **American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream**, en: Essays in Jurisprudence and Philosophy.

RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of Law**. In: Yale Law Journal, 81, 1972.

RODRÍGUEZ, César. **El Decisión Judicial. El Debate entre Hart-Dworkin**. Santafé de Bogotá: Siglo del hombre Editores, 1997.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin**. Uma abordagem. Coimbra: Gráfica de Coimbra Ltda, 2005.

PÁRAMO, Juan Ramón de. **H.L.A Hart y a la Teoría Analítica del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito. Introdução à Problemática Científica do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 1988.