

O debate entre Dworkin e Hart sobre a Teoria do Direito¹

The debate between Dworkin and Hart about the Theory of Law

Daniel Huppés

Discente do PPG em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas
daniel.huppés@hotmail.com

Resumo

Este artigo almeja investigar as principais considerações que dizem respeito à Teoria do Direito proveniente do debate entre Hart e Dworkin. Inicialmente abordar-se-á a maneira com que Hart compreende a Teoria do Direito, apontando a origem de sua concepção de "textura aberta" do Direito e, em consequência disto, do poder discricionário dos juízes. Em seguida, serão analisadas as principais críticas de Dworkin à Teoria do Direito de Hart, bem como de que forma ele entende que os problemas da Teoria do Direito podem ser resolvidos.

Abstract

The aim of this article is to investigate the main considerations about the Theory of Law originating from the debate between Hart and Dworkin. Initially, it discusses the way Hart understands the Theory of Law, stressing the source of his "open texture" view on the conception of law and, consequently, the judges' discretionary power. Then it analyzes Dworkin's main criticisms of Hart's Theory of Law, as well as the way Dworkin thinks that the problems of the Theory of Law can be solved.

Palavras-chave: Teoria do Direito; textura aberta; poder discricionário; interpretação construtiva.

Keywords: Theory of Law; open texture; discretionary power; constructive interpretation.

Todo e qualquer indivíduo, na medida em que passa a ter consciência de que está inserido em uma atmosfera civil, passa a desenvolver e aprimorar noções de Direito. Gradativamente, os indivíduos vão se agregando às complexas inter-relações sociais e percebendo que são dotados de direitos e deveres. Muitos são os que simplesmente vivem sua rotina de maneira alienada e nunca se colocam numa posição de autorreflexão em busca de elucidações acerca do que é e do que trata, especificamente, o Direito. Há muitas divergências que dizem respeito a este conceito

¹ Artigo elaborado para a disciplina "Elementos de Filosofia do Direito" do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas.

tão comum ao cotidiano dos indivíduos. Os mais atentos podem, então, indagar como é possível um convívio harmonioso entre concepções de vida individuais tão distintas, pois é do senso comum que diferentes indivíduos possuem concepções diferentes no que diz respeito ao que é importante para a vida de cada um.

A Filosofia do Direito de Hart

H. L. A. Hart é um dos mais renomados exemplos que caracteriza claramente o que se denomina de positivismo jurídico. A teoria do positivismo jurídico postula que os direitos são somente aqueles que foram criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas². Em outras palavras, pode-se afirmar que tal teoria identifica o Direito como simples questão de fato. Para melhor compreender como se caracteriza o positivismo jurídico, faz-se uso de uma passagem de Dworkin em que ele afirma que tal teoria

rejeita a ideia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a ideia 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 (Dworkin, 2007a, introdução, p. XIV).

Pois bem, no capítulo VII de *O conceito de Direito*, Hart procura discutir algumas considerações sobre o formalismo e o ceticismo quanto às regras. Neste capítulo, encontramos uma consideração importante que lança luz sobre a questão de como é possível os indivíduos – cada um com concepções e objetivos de vida diferentes – viverem de forma pacífica. Dado que a característica da espécie humana é viver em grupo, os indivíduos passam a estabelecer inter-relações com os demais para a sobrevivência de todos; para esse convívio em comunidade ser possível, faz-se necessária a identificação de alguns padrões de conduta que regem o modo com que os indivíduos devem se comportar para com os demais.

Conforme Hart expõe em seu capítulo VII, tais padrões de conduta são comunicados aos integrantes de uma comunidade essencialmente por meio de duas maneiras específicas: ou por lei ou através de exemplos. Enquanto Hart identifica como “legislação” a comunicação de padrões de comportamento através de leis, as quais fazem o uso máximo de palavras gerais para estabelecer as classificações, ele denomina de “precedente” os padrões de conduta que são transmitidos por meio de exemplos, os quais estipulam comportamentos específicos por meio de um mínimo de palavras gerais. Para uma melhor compreensão do que foi estipulado, Hart faz uso de um exemplo não jurídico de dois pais que vão à igreja acompanhados de seus filhos³. O pai que caracteriza aquilo que Hart denomina de “legislação” se voltaria ao seu filho dizendo: “Todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja.” Já para o caso que Hart

² Cf. Dworkin, 2007a, introdução, p. XV.

³ Cf. Hart, 2007, p. 137.

identifica como “precedente”, o pai, ao entrar na igreja, tira o chapéu da cabeça e diz ao filho: “Olhe, eis a forma correta de nos comportarmos nestas ocasiões.”⁴

O próximo passo de Hart é abordar especificamente algumas considerações a respeito do caso do precedente, isto é, da comunicação de padrões de conduta através de exemplos. Ele nos diz que os exemplos possuem uma característica negativa de não serem algo estipulável e determinante. Isto significa que, ao se fazer uso de exemplos para tentar estipular algum padrão de comportamento, aquele que se está querendo persuadir poderá encontrar algumas dúvidas sobre o que e como ele deve se portar numa situação específica. Hart diz que tal situação deixa uma série de possibilidades, pois aquele que ouve pode questionar-se:

[...] até que ponto deve a atuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja? Estas são todas variantes das perguntas gerais que a criança podia fazer a si própria: “De que modos deve a minha conduta assemelhar-se à dele, para estar certa?” (Hart, 2007, p. 138).

Como fica claro com esta passagem de Hart, a criança que recebe do pai uma sugestão da melhor maneira de comportar-se numa determinada situação pode ficar com dúvidas sobre qual seria a maneira verdadeira e correta de repetir a ação do pai. Até que ponto, digamos, a ação deve ser “copiada” para poder ser considerada correta – assim como era considerada correta a ação do pai. Poder-se-ia dizer, então, que os exemplos expressam padrões de comportamento de forma imprecisa, pois deixam em aberto uma gama de possibilidades de se realizar determinada ação.

Ressaltada esta insuficiência dos exemplos, seria comum considerar a comunicação de padrões de comportamento através da legislação (que são formas gerais explícitas de linguagem) mais eficiente⁵.

Para saber o que deve fazer em outras ocasiões, a criança já não tem de adivinhar o que se pretende, ou o que será aprovado [como aconteceria no caso do precedente]; não tem de especular quanto ao modo por que a sua conduta deve assemelhar-se ao exemplo, para ser correta. Em vez disso, tem uma descrição verbal que pode usar para selecionar o que deve fazer no futuro e quando o deve fazer. Tem apenas de reconhecer os casos de aplicação de termos verbais claros, de “subsumir” fatos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples (Hart, 2007, p. 138-139).

Dessa maneira, considerar-se-ia que aquilo que Hart chama de legislação (a comunicação de padrões de comportamento através da linguagem geral dotada de autoridade) comunicaria com menos dúvidas as maneiras consideradas corretas de se portar diante das situações. No entanto, de acordo com o pensamento de Hart, até mesmo a utilização de regras gerais

⁴ É importante ressaltar que a criança considera o seu pai como uma autoridade no que diz respeito aos comportamentos apropriados perante determinada comunidade de indivíduos. Para aprender o conjunto de comportamentos apropriados, a criança observa os atos do pai. É fato que toda criança vê o pai como uma autoridade enquanto não atingir a fase adulta. Isto pode ser considerado bom quando as atitudes paternas são moralmente corretas; torna-se um problema no caso de pais cujas ações são passíveis de repreensão.

⁵ Hart postula que anunciar “Todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja” pareceria mais claro, seguro e certo do que estipular padrões de conduta por meio de exemplos (cf. Hart, 2007, p. 138).

formuladas verbalmente pode acarretar incertezas no que diz respeito ao comportamento exigido. O que ocorre é que o âmbito prático humano, ou seja, o âmbito das ações, é tão vasto que a formulação de regras gerais não consegue dar conta de toda esta extensão, pois, “em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (Hart, 2007, p. 139).

As ações humanas e os casos particulares em que os indivíduos estão inseridos podem se desenrolar de tantas maneiras distintas que não há como prever todos os desenlaces possíveis. Entretanto, apesar desta vastidão do âmbito prático humano, há, sim, os casos simples que ocorrem “em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis”⁶ (Hart, 2007, p. 139).

Essa indeterminabilidade dos padrões de comportamento em alguns casos específicos é denominada por Hart de “textura aberta”; isto significa, de um modo geral, a incapacidade inerente aos legisladores de dar conta de todo o âmbito das ações humanas. Tal limitação é uma característica específica da condição humana, a qual não é capaz de prever todas as possibilidades diferentes de comportamento. O mundo no qual a espécie humana está inserido é dinâmico; se o âmbito prático fosse determinado e limitado, sob esta condição específica, poder-se-ia estabelecer regras que não acarretariam dúvidas quanto à sua aplicação ou não a determinados casos específicos. Mas isto não se enquadra no mundo humano. Se tudo fosse especificável antecipadamente através de uma regra, teríamos uma jurisprudência meramente mecânica.

Faz-se necessário postular uma distinção de extrema relevância para o desenvolvimento da filosofia jurídica de Hart. No quinto capítulo de sua obra *O conceito de Direito* aparece a distinção entre regras consideradas primárias e regras identificadas como secundárias. Hart considera que o Direito pode ser melhor compreendido se for caracterizado como uma união de regras primárias com regras secundárias⁷. As regras primárias podem ser caracterizadas como aquelas que impõem deveres, isto é, “aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não” (Hart, 2007, p. 91). Já no que diz respeito às regras secundárias, estas atribuem poder aos homens, pois “asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação” (Hart, 2007, p. 91)⁸.

⁶ Hart oferece um exemplo do veículo: “Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente.” “Mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (‘A expressão ‘veículo’ usada aqui inclui bicicleta, aviões e patins?’)” (Hart, 2007, p. 139)

⁷ Cf. Hart, 2007, p. 104.

⁸ Um pouco mais adiante, Hart complementa sua distinção entre regras primárias e secundárias postulando que as regras secundárias “estão num plano diferente das regras primárias, porque são todas relativas a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável” (Hart, 2007, p. 104).

De acordo com o pensamento de Hart, um sistema jurídico possui duas necessidades sociais, que ele identifica com a necessidade de se ter determinadas regras e a necessidade de se deixar determinadas questões em aberto. A primeira necessidade concerne à determinação de alguns padrões gerais, como é a situação daqueles casos simples que são de fácil identificação num conjunto mais elaborado de preceitos. A outra necessidade – de se deixar determinadas questões em aberto – faz referência à condição humana de limitação, ou seja, não é possível elaborar uma previsão detalhada de todos os casos possíveis e de todas as maneiras possíveis de se comportar diante de uma dada situação específica. Em suma, tais questões ficariam em aberto porque “elas somente podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (Hart, 2007, p. 143). Tal característica ocorrerá devido à grande variação dos casos particulares, pois o poder legislativo torna-se incapaz de criar regras uniformes que se aplicarão a cada caso específico de forma antecipada. Conforme Hart, é para tentar regular tais casos particulares que

o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais (Hart, 2007, p. 144).

Tivemos um primeiro contato com o que Hart denomina de “textura aberta” quando se abordou a indeterminabilidade dos padrões de comportamento que são exigidos em um determinado grupo específico. A linguagem humana possui uma textura aberta porque, diante de um determinado enunciado, podem ocorrer diferentes interpretações de sentido. Dando um passo além desse conceito, Hart enuncia a textura aberta do Direito, com a qual ele deseja especificamente dizer que

há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (Hart, 2007, p. 148).

Tal textura aberta do Direito acarretará outra consideração de fundamental importância para o pensamento de Hart: o poder discricionário. Tal poder discricionário dos juízes nada mais significa do que tomar uma decisão depois que um caso ocorre (*ex post facto*). De acordo com a teoria do Direito de Hart, devido ao fato de os padrões de comportamento serem comunicados por meio de regras muito gerais, diante de casos particulares ter-se-iam dúvidas para tomar uma decisão entre as partes litigantes. Para conseguir solucionar esta insuficiência da linguagem geral, os juízes seriam dotados de poder discricionário para que, diante das circunstâncias específicas que se colocam diante deles, tais casos difíceis possam ser decididos. Conforme Hart explica:

Em qualquer sistema jurídico deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade (Hart, 2007, p. 149).

Diante daqueles casos simples, em que um fato é facilmente enquadrado numa regra específica, não há necessidade de se apelar ao poder discricionário dos juízes porque o que eles devem fazer é simplesmente uma aplicação das leis. Os juízes analisam o fato ocorrido e o identificam com uma regra do ordenamento jurídico. De acordo com Hart, isto não seria possível de se realizar quando os juízes se deparam com uma situação identificada como um caso difícil. Tais casos difíceis representam a condição inerente ao legislativo de textura aberta, isto é, o legislativo não consegue dar conta de tudo o que está por vir. As sociedades em que os homens estão inseridos não são algo estático; muito pelo contrário, o mundo dos homens é totalmente dinâmico e complexo, com constantes avanços tecnológicos e de maneiras de pensar. Em síntese, não há como prever todas as situações que constituirão as relações entre os homens. Um caso difícil é justamente a situação em que os juízes se deparam com um caso em que não há nenhum precedente jurídico que ofereça algum apoio para julgá-lo. Tendo em vista que é um caso inédito, não há nada a que os juízes possam recorrer que lance alguma luz para uma possível solução.

Um ordenamento jurídico é constituído inevitavelmente de casos simples – nos quais a aplicação de regras para os casos é de fácil reconhecimento – e de casos difíceis, estes sem nenhum precedente que auxilie na resolução. Tais casos difíceis são oriundos da crescente complexidade e avanço das inter-relações humanas. De que maneira, então, os juízes solucionariam os chamados casos difíceis? Conforme Hart postula, tais casos difíceis podem alcançar alguma elucidação ao se consultar as fontes sociais do Direito, ou seja, diante de casos inéditos os juízes trabalham de maneira comparativa. Isto significa que, dado que não se encontra nenhuma lei que se aplique a um caso particular, cabe ao juiz decidir o caso por analogia: ele acaba consultando as fontes sociais do Direito (legislação, decisões judiciais, costumes sociais, etc.) precedentes, tentando enquadrar o caso ao que já foi estabelecido no passado por outros juízes ou leis fazendo uso de seu poder discricionário. Dessa maneira, resta a questão de até que ponto juristas e juízes podem fazer uso de seus juízos de valor particulares para tentar solucionar os casos difíceis.

A Filosofia do Direito de Dworkin

Ronald Dworkin desenvolveu uma abordagem muito perspicaz de considerações relevantes no que diz respeito ao âmbito do Direito. Dentre tantos focos críticos que ele possui, pode-se perceber em sua vasta produção bibliográfica uma atenção especial à crítica do positivismo jurídico⁹. Para criticar tal doutrina jurídica, ele toma como principal alvo aquele que melhor a caracteriza: o professor H. L. A. Hart¹⁰. Dworkin elabora inúmeras críticas ao positivismo jurídico,

⁹ Dworkin identifica o positivismo jurídico e o utilitarismo como a teoria dominante do Direito, devido à sua popularidade e influência (Cf. Dworkin, 2007a, p. VII).

¹⁰ Diz Dworkin em sua obra *Levando os direitos a sério*: “desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart” (Dworkin, 2007a, p. 27). Ele se detém especificamente na posição de Hart por considerar sua clareza e elegância textual.

mas a que gostaríamos de ressaltar neste presente trabalho é a crítica diretamente direcionada ao poder discricionário dos juízes.

No desenvolvimento de sua teoria do Direito, Dworkin aponta para uma necessidade de justificação moral para a justiça, ou seja, um vínculo conceitual entre o Direito e a moral é fundamental para a compreensão de seu pensamento. Outra característica importante de sua teoria é que ela é desenvolvida tendo um pano de fundo definido, isto é, Dworkin parte do contexto no qual ele está inserido, a saber, a constituição norte-americana e a inglesa, as quais possuem pressupostos liberais, igualitários e democráticos. Partindo disso, o projeto de Dworkin tenta estipular um modelo normativo do Direito, ou seja, ele apresenta os pressupostos teóricos do Direito buscando estipular o que o Direito deve ser, em vez de se deter na apresentação de como o Direito é (detendo-se nos aspectos empíricos do Direito). Em suma, Dworkin intenta resgatar as diretrizes do pensamento iluminista moderno, o que significa dizer que a sua doutrina não está sustentada sobre bases metafísicas; ele confia plenamente que a razão consegue dar conta muito satisfatoriamente dos embates jurídicos.

Para que seja possível elaborar uma análise concentrada na crítica de Dworkin ao poder discricionário decorrente dos postulados da teoria do positivismo jurídico, faz-se necessário abordar alguns aspectos importantes da teoria do Direito de Dworkin. Os casos que realmente interessam à presente discussão dizem respeito aos chamados casos difíceis¹¹, e, em suas obras, Dworkin expõe diversos exemplos concretos¹² de decisões jurídicas discutidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Citemos um exemplo:

Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo (Dworkin, 2007a, p. 37).

Digamos que o caso aqui mencionado seja colocado diante do positivismo jurídico. De que maneira tal caso poderia ser solucionado se não há nenhum precedente jurídico ao qual se possa recorrer? Impossibilitado de encontrar alternativas, a saída que o positivismo postula é o apelo ao poder discricionário dos juízes. Como já foi mencionado, Dworkin não aceita de maneira alguma tal discricionabilidade dos juízes e busca demonstrar que esse poder é algo que vai de encontro aos direitos jurídicos individuais. Para que o projeto de Dworkin dê certo, ele precisa encontrar alguma alternativa distinta da proposta pelo positivismo, o que nos remete a uma das distinções fundamentais da teoria do Direito de Dworkin: a distinção entre política e princípios.

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável,

¹¹ Como vimos anteriormente, são aqueles casos que não se enquadram em nenhum precedente jurídico, ou seja, não há nenhuma regra de Direito clara que possa ser utilizada para a resolução de um caso.

¹² Conforme Dworkin afirma, “os exemplos que ofereço são escolhidos aleatoriamente, quase todos os casos mencionados em um livro didático de Direito contêm exemplos que seriam igualmente úteis” (Dworkin, 2007a, p. 37).

mas porque é uma exigência de **justiça** ou **equidade** ou alguma outra dimensão da moralidade (Dworkin, 2007a, p. 36. Grifo nosso).

Em outras palavras, poder-se-ia complementar tal abordagem elaborada por Dworkin apontando para o fato de que padrões de política têm em vista a salvaguarda de um objetivo coletivo, ou seja, de uma comunidade como um todo, enquanto que os padrões de princípios remetem ao direito dos indivíduos ou de um grupo menor¹³. Sendo assim, anunciar o padrão de que a nenhum homem é lícito beneficiar-se de seus próprios delitos caracteriza um princípio; um padrão que estipule a redução dos acidentes de trânsito remete a políticas. O que Dworkin está buscando é alguma maneira considerada em si mais legítima para solucionar os casos difíceis. O positivismo não percebe eventuais problemas para com o poder discricionário devido aos seus pressupostos básicos, isto é, conforme o positivismo postula, regras são consideradas regras somente se forem decorrentes de alguma instituição precedente, conforme nos elucida Dworkin:

[Para o positivismo], a maioria das regras de Direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juízes, que as formularam para decidir os casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro¹⁴ (Dworkin, 2007a, p. 64).

Dessa maneira, devido às limitações da racionalidade dos homens para prever acontecimentos futuros, inevitavelmente surgirão casos "inéditos". Diante de tais casos, não há alternativa para aqueles que integram o positivismo a não ser o apelo ao poder discricionário dos juízes. E sobre isso Dworkin postula que

se um jurista pensa o Direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo (Dworkin, 2007a, p. 62).

A distinção elaborada por Dworkin entre regras e princípios tem como finalidade específica combater esta discricionariedade dos juízes. De acordo com o pensamento de Dworkin, os juízes não devem legislar, ou seja, não devem criar novas regras que se apliquem retroativamente. Esta definitivamente não é a função dos juízes. O que eles devem fazer é se limitar à aplicação das regras. Em vez de criar novas regras, o seu dever é de justificá-las. Sendo assim, o que se torna relevante no pensamento de Dworkin é que, de acordo com ele, a constituição do Direito não decorre somente em função de regras; os princípios é que possuem o papel de singular importância. Esta consideração de que o Direito é constituído por regras e princípios pode acarretar dúvidas. De que forma isto se desenvolve? Um tem primazia sobre o outro?

Acreditamos que uma luz pode ser lançada sobre tal questão a partir de uma passagem de Dworkin na qual ele afirma:

¹³ Mais adiante em *Levando os direitos a sério*, Dworkin postula que "os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo ou da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo" (Dworkin, 2007a, p. 129).

¹⁴ Dworkin se refere a este procedimento de identificação de quais regras são válidas ou não como "teste de *pedigree*" (cf. Dworkin, 2007a, p. 64).

A diferença entre princípios jurídicos 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 de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (Dworkin, 2007a, p. 39).

A partir disso, fica claro como é que ocorre essa dinâmica entre regras e princípios para constituir o Direito. Não é que haja sempre uma "luta" entre eles a fim de descobrir o que é o Direito em cada caso particular. Poder-se-ia pensar que, a cada vez que um caso se faz presente diante de um juiz, a primeira coisa que ele faria é tentar identificar os princípios envolvidos na questão e somente depois disso verificar se há alguma regra que se ajusta ao caso. Mas as coisas não funcionam assim. Como foi explicitado anteriormente, o complexo âmbito prático dos homens é caracterizado por casos considerados simples e os identificados como difíceis. Quando se trata de um caso simples, a tarefa do juiz é simplesmente fazer a aplicação de regras, não tendo que deter-se na investigação dos princípios que poderiam estar envolvidos. É apenas nos casos difíceis que o juiz deve deter-se na busca dos princípios justamente porque não há nenhuma regra que auxilie na solução do caso. O que se almeja destacar aqui é que os princípios se encontram por toda parte; entretanto, de acordo com Dworkin,

eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis [...] Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações particulares (Dworkin, 2007a, p. 46).

A questão passível de surgir diz respeito a quem, regras ou princípios, possui, digamos, mais "valor" em relação ao outro. Fica claro que os princípios são determinantes – justamente porque não há nenhuma regra a que se possa fazer referência – quando se está diante de um caso difícil. Talvez se possa dizer que os princípios possuem uma primazia ontológica porque eles são o primeiro passo para a instituição do que é o Direito. No entanto, conforme pensa Dworkin, o Direito é constituído tanto por regras como por princípios. De acordo com a sua teoria, os princípios não são considerados superiores às regras; isso é algo que depende das circunstâncias específicas de cada caso. Se o juiz se encontra diante de um caso difícil, então, conforme esta situação, a regra deixa de ter "força" e os princípios é que passam a ter importância. Ocorre que são os princípios que proporcionam a moralidade ao âmbito das regras, dado o fato de que as regras são consideradas válidas se, e somente se, respeitam os princípios.

Torna-se importante aprofundar um pouco mais esta questão que envolve regras e princípios por ser algo de singular importância dentro da teoria do Direito proposta por Dworkin. Há duas considerações relevantes que distinguem as regras dos princípios. A primeira, como ficou claro numa passagem destacada anteriormente, postula que a aplicação das regras ocorre da maneira de tudo-ou-nada. O que Dworkin quer dizer com isso é que as regras possuem a característica de se excluírem caso sejam contraditórias. Ele explicita isso dizendo que

os princípios não são regras. Seja como for, somente as regras ditam resultados, quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma certa direção, embora de maneira não conclusiva (Dworkin, 2007a, p. 57).

Dworkin, a fim de melhor elucidar tal questão, utiliza-se do caso da regra que estipula a exigência de três testemunhas para que um testamento seja considerado válido; como exemplo, ele postula que "se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas"¹⁵. Tal fato não ocorre no âmbito dos princípios, pois estes não estipulam algo determinado, ou seja, o princípio de que "nenhum homem pode se beneficiar de seus próprios delitos" apenas enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção¹⁶ e não busca estipular nada de mais específico¹⁷. Acontece que os princípios em si mesmos não possuem o poder intrínseco de resolver uma questão judicial difícil, sendo que a escolha de um princípio e não de outro necessita de argumentação que elucide os motivos de se ter escolhido este e não aquele. Isso poderia ficar mais claro apontando para o fato de que as regras já são acompanhadas de punições, isto é, além de comunicar um padrão normativo, a regra também estipula penas, caso ela seja desrespeitada¹⁸.

A segunda consideração importante no que diz respeito à distinção entre regras e princípios é que estes últimos possuem a dimensão do peso ou importância¹⁹. Alguns princípios possuem um peso maior do que outros e, conseqüentemente, são mais importantes para uma eventual decisão judicial. Isto já não ocorre com o âmbito das regras; estas não possuem a característica de serem mais importantes do que outras. Entretanto, Dworkin tem o cuidado de ressaltar que as regras possuem uma característica que remete à sua importância funcional, o que significa que algumas regras são mais "importantes do que outras por desempenhar um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento"²⁰.

Com todas essas considerações elaboradas por Dworkin, pode-se perceber a relevância que os princípios desempenham para com o Direito, isto é, os princípios são de singular importância para o momento em que um juiz precisa formular alguma decisão jurídica a respeito de um caso particular difícil. Mas, afinal, quais princípios são realmente importantes de acordo

¹⁵ Cf. Dworkin, 2007a, p. 40.

¹⁶ Como expõe Dworkin: "Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção" (Dworkin, 2007a, p. 42).

¹⁷ Cf. Dworkin, 2007a, p. 41.

¹⁸ A título de elucidação, pode-se tomar como exemplo a nova Lei 11.705, que altera o Código de Trânsito Brasileiro, instituindo que é terminantemente proibido aos condutores de veículos ingerir bebidas alcoólicas. Aquele que desrespeitar esta lei deverá pagar uma multa de R\$ 955,00 e terá sua Carteira Nacional de Habilitação retida por um período de 12 meses (cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm)

¹⁹ Cf. Dworkin, 2007a, p. 42.

²⁰ Cf. Dworkin, 2007a, p. 43. Dworkin cita um exemplo do beisebol para elucidar tal consideração sobre a importância funcional das regras. Dado que este jogo não é tão comum no Brasil, podemos tentar clarificar a questão abordando regras do futebol. Podemos considerar que a regra de que os jogadores, à exceção dos goleiros, não podem colocar a mão na bola no decorrer do jogo é mais importante do que a regra de impedimento. Isto porque modificar a primeira regra acabaria por alterar mais o jogo do que se a segunda regra fosse modificada.

com a concepção de Dworkin? Podemos apontar como o princípio fundamental para todo o desenvolvimento da teoria do Direito de Dworkin o direito que os indivíduos possuem à igual consideração e respeito perante o Estado, pois

esse conceito indica que o sistema jurídico deve incorporar “o princípio de que as pessoas têm o direito a serem tratadas como iguais perante a lei” ou, mais precisamente, que “as leis não devem estar constituídas de maneira que coloque pessoas em desvantagem (umas em relação às outras) por qualquer razão irrelevante, arbitrária e, portanto, insultante, como a de que elas têm a pele negra” (Dworkin, 2007a, p. XVII).

Esse princípio fundamental, o qual Dworkin denomina de *virtude soberana*²¹, é identificado na tradição cultural de uma comunidade complexa. Ao anunciar que o Estado deve considerar igualmente todos os indivíduos, Dworkin não pretende afirmar que todos os indivíduos são iguais; ao invés disso, procura ressaltar a importância de o Estado oferecer um tratamento equânime a todos. Ele reconhece que diferentes indivíduos possuem objetivos e concepções de vida distintos. Mas o que é relevante é que nenhum sujeito deve ser ignorado. Neste contexto, seria possível identificar um jusnaturalismo na teoria do Direito de Dworkin apontando para o fato dos indivíduos possuírem um direito natural à igual consideração e respeito. Entretanto, não encontramos nenhuma afirmação de que os indivíduos inseridos em uma comunidade complexa possuam um direito natural específico por parte de Dworkin porque este intenta ao máximo evitar pressupostos metafísicos. Ao anunciar o princípio fundamental de que os indivíduos devem ter um tratamento de igual consideração e respeito por parte do Estado, deve-se entender que Dworkin intenta postular que se trata de um princípio imutável, estabelecido historicamente e socialmente.

A crítica ao poder discricionário

Feitas algumas considerações de singular importância no que diz respeito ao pensamento de Dworkin sobre o Direito, almeja-se discutir especificamente a crítica que Dworkin elabora contra o poder discricionário postulado pelo positivismo jurídico.

De acordo com o que foi mencionado de uma forma um tanto quanto breve anteriormente, pode-se perceber que o poder discricionário é a única saída que o positivismo jurídico encontra para conseguir anunciar alguma decisão quando os juízes se deparam com um caso difícil específico. E por que isto ocorre? Não há outra alternativa para aqueles que se dizem positivistas porque, de acordo com os seus fundamentos, o Direito é considerado um sistema de regras. Para isto, mencionou-se²² uma passagem de Dworkin na qual ele aborda a questão acerca do critério que o positivismo, na figura de Hart, utiliza para reconhecer se uma regra jurídica é válida ou não. Como aparece na passagem, uma regra jurídica é considerada válida ou não somente se houver referência a alguma instituição competente do passado. Dworkin se refere a este teste de

²¹ Conforme Guest acrescenta, “as pessoas devem ser tratadas como iguais na sua humanidade. Em todos os casos, então, no mundo real, todas as decisões que afetem outros seres humanos devem ser compatíveis com esse motivo. Do contrário, na visão de Dworkin, elas são decisões injustificáveis” (Guest, 2010, p. 168).

²² Cf. seção “A Filosofia do Direito de Dworkin” do presente artigo.

reconhecimento como “teste de *pedigree*”. Tal teste de reconhecimento do positivismo jurídico sempre faz, então, referência ao que foi decidido no passado, isto é, faz-se uma busca no Código de leis já existente.

Mas e o que ocorre com os casos difíceis? Tais casos, como vimos, são considerados “inéditos” justamente porque não há nenhuma regra que possa ser aplicada. Conforme explicita Dworkin,

a origem [dos] princípios [dos casos difíceis] enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo (Dworkin, 2007a, p. 64).

O mundo humano não é estático, e sempre se está em busca de um aprimoramento na maneira de viver dos homens. Dessa maneira, não há como o âmbito legislativo do passado dar conta de tudo o que poderia ainda estar por vir (conforme já explicitado anteriormente, é o que Hart denomina de “textura aberta do Direito”). Ainda hoje surgem casos sem precedentes que precisam ser decididos. Como se pode perceber, depender exclusivamente de decisões do passado acarreta sérias dificuldades em virtude dos limites do Direito. Não resta outro recurso aos positivistas do que apelar ao poder discricionário dos juízes quando se trata dos casos difíceis. Dessa forma, o juiz, diante de um caso difícil, decide criando uma lei nova que é aplicada retroativamente.

Esse poder discricionário é algo inconcebível para a teoria do Direito que Dworkin propõe. Quando um juiz passa a ter o poder de criar regras que ele julga que se aplicam a determinado caso, tal fato vai, de acordo com a crítica de Dworkin, de encontro aos princípios liberais e democráticos²³ – os quais são o pano de fundo da teoria do Direito de Dworkin. A discricionariedade dos juízes feriria o princípio da democracia porque, ao contrário dos que constituem o Legislativo, eles não são eleitos pelos indivíduos que constituem uma comunidade específica e, além disso, a sua função não é criar leis, mas sim realizar a aplicação destas. A discricionariedade dos juízes acabaria misturando a função do Legislativo com a do Judiciário. Os princípios liberais seriam solapados pelo poder discricionário porque não seria lícito, conforme Dworkin, legislar sobre casos passados, ou seja, não há como criar regras para contemplar crimes que já aconteceram, pois

se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato (Dworkin, 2007a, p. 132).²⁴

É interessante notar que, a partir da maneira com que Dworkin expõe o pensamento de Hart, poder-se-ia considerar que o poder discricionário acarretaria uma criação desordenada – e,

²³ Cf. Dworkin, 2007a, p. 132.

²⁴ Guest complementa postulando que “se os juízes inventam o Direito em casos difíceis, segue-se que as partes são sujeitadas à lei que, por hipótese, não estava em vigor quando os acontecimentos ocorreram. A objeção imediata é que isso não é justo porque surpreende os litigantes ao sujeitá-los a leis que não eram por eles conhecidas à época em que fizeram aquilo que deu origem ao litígio” (Guest, 2010, p. 168).

mais ainda, descontrolada – de regras estipuladas *ex post facto*. No entanto, deve-se ressaltar que não é desta maneira que Hart compreende a discricionariedade dos juízes. Ele postula em seu Pós-Escrito de *O conceito de Direito* – que se caracteriza basicamente como uma compilação de respostas às críticas de Dworkin – que os juízes não devem exercer os seus poderes de criação do Direito de maneira totalmente arbitrária²⁵. Ao invés disso, “eles devem sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e devem agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores” (Hart, 2007, p. 336).

A partir desta passagem, fica mais compreensível de que maneira se desenvolve a concepção hartiana do poder discricionário. Hart não seria ingênuo de acreditar que os juízes poderiam criar regras como bem entendessem, algo que dependeria totalmente da variação de humor deles. Ao contrário, eles devem ser capazes de justificar o porquê da escolha de determinada decisão. Entretanto, apesar desta importante ressalva que Hart deixa explícita em suas respostas às críticas de Dworkin, este parece simplesmente ignorá-las e continua, nos seus escritos posteriores, reiterando as mesmas críticas direcionadas ao poder discricionário num sentido forte.

A maneira com que Dworkin entende os casos difíceis

Pois bem, podemos perceber que Dworkin é totalmente contrário ao poder discricionário. Mas como ele propõe resolver a questão dos casos difíceis? Em virtude de não haver regras determinadas diante dos casos difíceis, o que ele propõe como solução deste embate?

Como se pôde perceber ao longo deste trabalho, o poder discricionário é fruto daquilo que Hart denomina de textura aberta do Direito; isto é, diante dos casos em que não há normas que possam ser aplicadas, o juiz é detentor de um poder no qual ele cria regras que são aplicadas retroativamente. Pode-se postular que Hart e Dworkin irão desenvolver teorias distintas porque eles não compreendem da mesma maneira o que se entende por “resposta correta” para os casos difíceis. Enquanto que Hart entende que os casos difíceis são aqueles nos quais nem os princípios são identificáveis, Dworkin compreende que tais casos difíceis possuem, sim, respostas corretas. Mas deve-se ressaltar que tais respostas corretas não devem ser compreendidas com o mesmo sentido das respostas científicas, ou seja, como respostas indubitáveis e universais. O que Dworkin entende como resposta correta para um determinado caso é que tal resposta é a que melhor se ajusta para o caso em questão, é a melhor resposta possível para aquele caso específico.

Diante de um caso identificado como um caso difícil, a proposta de Hart é fazer uso do poder discricionário do juiz; já Dworkin estipula como saída a identificação dos princípios que estão envolvidos. Tal característica da teoria do Direito de Dworkin traz à tona a ideia da falibilidade do Direito, o que significa que não há uma única resposta para as questões jurídicas porque não há uma cientificidade do Direito. Dado que os juízes devem considerar os princípios

²⁵ Cf. Hart, 2007, p. 336.

envolvidos nos embates jurídicos, diferentes juízes podem considerar diferentes princípios como os de maior importância. Mas o que é de fundamental relevância é que ambos os juízes, mesmo com interpretações diferentes, chegaram à resposta correta porque levaram em consideração a melhor resposta possível para aquela situação específica. A escolha de princípios pode mudar dependendo da ocasião porque os princípios estão sendo “pesados”.

Para a teoria do Direito desenvolvida por Dworkin, o âmbito moral não está separado do Direito, sendo que os princípios já se encontram no próprio ordenamento jurídico, mesmo que de uma maneira implícita. A função do juiz é justamente procurar quais são os princípios que estão envolvidos nos casos difíceis. Partindo da premissa de que aos juízes não cabe criar novas regras para casos do passado, chega-se a uma ideia que é de fundamental importância para a consistência do pensamento de Dworkin: a ideia da integridade do Direito. Tal concepção do Direito como algo íntegro está diretamente envolvida com a preocupação dworkiana com a coerência entre regras e princípios.

A fim de proporcionar uma melhor compreensão deste modo de entender o Direito, Dworkin propõe uma analogia com uma obra literária. O Direito deve ser compreendido como se fosse um livro, no qual se pode identificar uma coerência, um todo integrado no que diz respeito às decisões tomadas pelos juízes. Cada decisão judicial é considerada como um novo capítulo. Assim sendo, o Direito é constituído por capítulos “escritos” por diferentes autores que respeitam uma certa continuidade. Conforme explicita Dworkin ao comparar o Direito com um romance em cadeia:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de Direito como integridade (Dworkin, 2007b, p. 276).

Aqueles que “escrevem” os últimos capítulos têm menos liberdade de acrescentar algo novo porque não podem simplesmente ignorar todos os capítulos precedentes²⁶. É importante ressaltar que o Direito, se comparado com uma obra literária, constitui-se num livro que nunca estará terminado, ou seja, nunca terá um capítulo final. Ele estará sendo escrito continuamente em decorrência dos casos identificados como inéditos, os quais não podem ser identificados com alguma regra precedente. Conforme a maneira com que Dworkin entende o poder discricionário proposto pela teoria de Hart, o resultado do uso deste poder pelos juízes não respeitaria a necessidade de coerência do Direito, culminando em “capítulos contraditórios”. O poder discricionário daria, de acordo com a concepção de Dworkin, oportunidade para os juízes imporem aquilo que consideram como sendo o melhor ou o justo; ter-se-ia, então, a moralidade

²⁶ Um pouco mais adiante no *Império do Direito*, Dworkin acrescenta que “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (Dworkin, 2007b, p. 276).

privada influenciando a moralidade pública, o que é inconcebível para a teoria do Direito proposta por Dworkin.

Foi destacado anteriormente que Dworkin não está interessado em demonstrar o que o Direito é; ao invés disso, a sua preocupação é explicitar um modelo deontológico do Direito, ou seja, demonstrar o que seria o Direito a partir de uma perspectiva ideal. Sendo assim, ele cria uma personificação daquilo que considera como um juiz ideal: o Hércules. Este juiz ideal de Dworkin sempre consegue estipular qual é a resposta correta para um caso difícil, o que significa que ele sempre encontra quais são os princípios que possuem maior peso. Tal juiz perfeito exemplifica o ideal iluminista que Dworkin tenta resgatar, pois ele confia plenamente na capacidade racional dos indivíduos. O Hércules estipula a resposta correta unicamente por meio da razão, não havendo necessidade de discutir com outros indivíduos para postular qual seria a resposta correta²⁷.

Diante de um caso difícil, não há ao que recorrer para que se possa encontrar uma resposta, é um caso específico que não se enquadra em nenhuma regra já estabelecida. Inevitavelmente terá que se criar algo. A diferença é que, enquanto o poder discricionário decorrente do pensamento de Hart autoriza o juiz a ir além do Direito, Dworkin postula que a resposta para um caso difícil encontra-se no próprio ordenamento jurídico, a qual é identificada por meio da interpretação e sempre visa identificar os princípios envolvidos. Para Dworkin, a discricionariedade dos juízes pode resultar numa verdadeira desordem do Direito porque eles teriam o veredicto final num caso difícil. Ao postular a integridade do Direito, o juiz não possui a autoridade de criar o que bem entender porque ele não pode simplesmente ignorar todo o ordenamento jurídico já bem estipulado e propor uma resposta que contradiga aquilo que já está dado.

A proposta deste trabalho não pretende finalizar postulando quem estava certo ou errado na discussão acerca do que é o Direito. Dworkin reconhece que há diferentes teorias do Direito; no entanto, considera que a maneira com que ele desenvolve sua compreensão do Direito é a mais correta. Em seu Pós-Escrito, Hart reconhece que alguns pontos de seu pensamento foram desenvolvidos de forma insuficiente, mas também postula que Dworkin não compreendeu corretamente alguns postulados de sua teoria do Direito. O debate que houve entre Hart e Dworkin deve ser considerado como de fundamental importância porque ressalta o quão importante e problemático é refletir sobre os fundamentos do Direito. Em decorrência deste debate, foi possível compreender melhor os embates que se encontram no âmbito do Direito, visto que ainda hoje há grandes divergências acerca do que é, realmente, o Direito.

Referências

²⁷ Habermas desenvolve duras críticas a esse juiz ideal proposto por Dworkin, especificamente no que diz respeito ao caráter monológico de Hércules, o qual sempre descobre a resposta correta sozinho por meio de uma espécie de razão privilegiada. Habermas acusa o modelo de Dworkin de ser solipsista e propõe um modelo dialógico-comunicativo para que seja possível estipular a melhor resposta possível aos casos difíceis (ver Habermas, 2003, vol. I, parte II, IV e, sobretudo, V; vol. II, parte VIII).

DWORKIN, R. 2010. *A Justiça de toga*. São Paulo, Martins Fontes, 421 p.

DWORKIN, R. 2007a. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 592 p.

DWORKIN, R. 2007b. *O império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 536 p.

GUEST, S. 2010. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro, Elsevier, 344 p.

HABERMAS, J. 2003. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vols. I e II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 356 p.

HART, H. L. A. 2007. *O conceito de Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 350 p.