

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERSPECTIVA POSITIVISTA DE KELSEN E HART E A PROPOSTA DE DWORKIN PARA SUA SUPERAÇÃO

*JUDICIAL DISCRETION: CONSIDERATIONS ABOUT THE
POSITIVISTIC PERSPECTIVE OF KELSEN AND HART AND THE
DWORKIN 'S PROPOSAL TO OVERCOME IT*

*Lucio Picanço Facci
Procurador Federal*

*Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense (UFF).
Especialista em Direito Público pela UnB. Bacharel em Direito pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decisão Judicial sob a ótica do Positivismo Jurídico; 1.1 Características Gerais; 1.2 O Caráter Político da Interpretação Judicial na Teoria Pura Do Direito de Hans Kelsen; 1.3 Discricionariedade Judicial no conceito de Direito de Herbert Hart; 2 Decisão Judicial e Princípios; 2.1 Para além do Texto: Superação do modelo Positivista na Contemporaneidade; 2.2 O papel do julgador na Teoria do Direito de Ronald Dworkin; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente estudo pretende examinar a discricionariedade judicial, expressão referida neste trabalho sob a ótica oriunda do positivismo jurídico segundo a qual, ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Para tanto, analisaremos o modelo positivista, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por Hans Kelsen e Herbert Hart, os mais expressivos representantes dessa escola do pensamento jurídico. Como uma das vertentes críticas a esse pensamento, abordaremos alguns aspectos da formulação teórica de Ronald Dworkin no sentido de propor uma superação das soluções sustentadas pelo positivismo jurídico para a questão do papel do julgador ante as incompatibilidades ou lacunas legais.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo. Discricionariedade judicial. Princípios. Pós-positivismo. Casos difíceis.

ABSTRACT: This study aims to examine judicial discretion, that expression in this study originated from the perspective of legal positivism, according to which, before a lawsuit cannot be resolved by a formal rule of law clearly established beforehand, the judiciary would have “power discretionary” to decide if one way or another. Therefore, we will analyze the positivist model, presenting its characteristic traits from studies by Hans Kelsen and Herbert Hart, the most significant representatives of this school of legal thought. As one of the critical aspects that thought, we discuss some aspects of the theoretical formulation of Ronald Dworkin in order to propose solutions supported by overcoming legal positivism to the question of the role of the judge before the legal inconsistencies or gaps.

KEYWORDS: Positivism. Judicial discretion. Principles. Post-positivism. Difficult cases.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto analisar a discricionariedade judicial, expressão referida neste trabalho sob a ótica oriunda do positivismo jurídico segundo a qual, ante uma ação judicial que não possa ser resolvida por uma regra formal de direito clara, estabelecida de antemão, o Judiciário teria “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Para tanto, iremos inicialmente dedicar algumas linhas a respeito do modelo positivista, apresentando seus traços característicos a partir dos estudos realizados por alguns dos mais expressivos representantes dessa escola do pensamento jurídico: Hans Kelsen e Herbert Hart.

Após, buscando entabular uma crítica a tais modelos, abordaremos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin no sentido de propor uma superação das soluções fortemente afinadas com o positivismo jurídico para o problema das incompatibilidades ou lacunas legais.

1 DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

1.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS

Como se sabe, é ao final da Idade Média, no início do século XVI, que surge o Estado moderno. Atribui-se a Nicolau Maquiavel a utilização do vocábulo com essa acepção pela primeira vez em seu famoso *O príncipe*, em 1513.¹ Neste processo, o poder político paulatinamente descola-se da Igreja, que conferia legitimidade a uma fundamentação dos direitos através de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica e à reflexão.² Com as Revoluções Francesa e Inglesa, a soberania desloca seu centro de gravidade do monarca para o povo, retirando o poder do rei e o atribuindo à lei, e promovendo a transição histórica que superou o absolutismo pelo legalismo, identificado no primado na lei como premissa fundamental do Direito.

O advento e ampla influência do Código Civil de Napoleão passam a conferir plena afirmação ao direito positivo. Esse diploma pretendeu fundar o direito em bases seguras e unitárias, livre do caos

1 Neste sentido, v. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 51.

2 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p. 131.

normativo do Antigo Regime e inspirado nos ideais racionalizadores do Iluminismo, gestados por uma suposta razão universal.³ Não por outra razão, surge na França por volta do século XIX a chamada Escola da Exegese, justamente em decorrência do fascínio em relação à lei e, em especial, ao Código Civil francês de 1804. Para essa Escola, o monopólio da revelação do Direito (juspositivismo) competia unicamente ao legislador, reduzindo o Direito estritamente à lei escrita, “não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical”⁴.

A partir da identificação plena do direito com a lei escrita, do positivismo jurídico decorrem, principalmente, o apego excessivo ao formalismo jurídico e a completa dissociação do Direito da Moral e da Ética.

A seguir, com vistas a acentuar as principais características do positivismo jurídico, iremos abordar alguns aspectos do pensamento de Hans Kelsen e Herbert Hart, dois importantes teóricos do Direito representantes desse modelo jurídico.

1.2 O CARÁTER POLÍTICO DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Pode-se afirmar que a principal finalidade da obra de Hans Kelsen foi conferir cientificidade ao Direito. Para tanto, seria preciso delimitar o campo jurídico, prevenindo-o de valorações de índole moral, ética ou política que, tendo em vista seu caráter controvertido, colocaria em risco a afirmação do Direito como ciência.

Para Kelsen, a ciência do Direito deveria ter um objeto formal autônomo e independente, livre de qualquer interferência extrajurídica. A sua *Teoria Pura do Direito*, como o próprio nome sugere, busca eliminar elementos alheios à matéria própria de uma teoria dos fenômenos jurídicos específicos de um sistema de Direito, tais como os trazidos das ciências naturais, da Sociologia, da Ética, da Psicologia e da Teoria Política.

Neste sentido, afirma o mestre vienense logo ao início da sua famosa obra:

3 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008. p. 67-68.

4 VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil* – arts. 1º a 6º. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 91.

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental⁵

Para alcançar a pureza do Direito pretendida, Kelsen sustentava inicialmente uma radical separação entre o *ser* e o *dever ser*, representando a exclusão do campo da ciência do Direito de todo e qualquer elemento oriundo das ciências naturais. Essa cisão resultou na total desconsideração da *causa* do domínio normativo do Direito: ao enunciar o que deve ocorrer, a norma não seria decorrência ou a explicação de fatos mas apenas sua provocação.

Outrossim, para o jurista austríaco deveria ser eliminado da Teoria do Direito não somente o momento causal mas ainda o *teleológico*, isto é, para a validade da norma seria indiferente a realização do seu fim. Para além disso: o sentido mesmo da norma só existiria enquanto houvesse a possibilidade de que não ocorresse o que ela manda, sob pena de transformar-se numa lei natural explicativa.

Para Kelsen, portanto, o jurista deve considerar os fatos apenas sob o ângulo da sua coincidência ou não com o conteúdo da norma, devendo desconsiderar sua sucessão causal ou mesmo sua ínsita finalidade. Nas suas palavras, “*a ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto*”.⁶

Com a dissociação feita entre o Direito e a Moral, Kelsen alude a norma fundamental (*grundnorm*) como fundamento pressuposto de validade da Constituição, última norma jurídica positiva. Kelsen sugere que a Constituição seja suposta como válida em virtude dessa norma fundamental pressuposta, em razão da qual os legisladores constituintes foram investidos do poder legítimo de editar a Constituição. Assim, as

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

6 *Ibidem*, p. 100.

normas constitucionais deveriam ser consideradas válidas pelo só fato de constarem da Constituição.⁷

Tais concepções promovem uma leitura do Direito não como norma mas como ordenamento, como sistema, a saber: como conjunto de normas formalmente coordenadas e conectadas entre si. Pela ótica kelseniana, seria impossível descobrir a natureza do direito a partir do exame de uma norma jurídica atomizada, eis que a característica fundamental do sistema jurídico é a coerência, o caráter completo e unidade do fundamento de validade.

Kelsen vê o Direito como um ordenamento de tipo dinâmico, cujas normas não estão conectadas em virtude de seu conteúdo, como ocorre com as normas morais, de tipo estático.⁸ As normas jurídicas se consideram válidas se editadas por uma autoridade competente de acordo com uma norma superior. O Direito, assim, é dotado de estrutura hierárquica e regula sua própria criação.

A partir da 2ª edição do seu *Teoria Pura do Direito*, em 1960, Kelsen passa a cuidar do tema da interpretação, fazendo distinção entre a *autêntica e científica*.⁹ Enquanto esta última se refere às proposições, isto é, às interpretações dos doutrinadores, a primeira, única dotada de validade e eminentemente *política*, seria a dada pelo juiz ao criar a norma individual para o caso.

Com efeito, Kelsen enxerga a decisão judicial apenas como a continuação do processo de criação jurídica, conferindo-lhe caráter normativo: a norma individual (sentença) vale na medida em que se ajusta a norma superior criadora dos órgãos encarregados de concretizar o ordenamento. A validade da norma individual não depende de sua conformidade com o *conteúdo* de uma norma geral superior e, acaso não extirpada do universo jurídico pelo meio indicado pelo ordenamento, é plenamente válida e deve ser cumprida e aplicada.

Assinala Kelsen:

Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito

7 KESLSEN, op. cit., p. 225.

8 KESLSEN, op. cit., p. 219.

9 Ibidem, p. 387.

apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa¹⁰

Para o modelo kelseniano, portanto, a validade de uma decisão judicial se assenta tão-somente no fato de haver sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico. A interpretação estaria, dessa maneira, fora da ciência do Direito pois corresponderia a um ato *político* do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica.

Nas palavras de Kelsen:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem.¹¹

1.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO CONCEITO DE DIREITO DE HERBERT HART

Herbert Hart, jurisfilósofo britânico também de vertente positivista, promove uma distinção entre regra e hábito, ressaltando

¹⁰ KELSEN, op. cit., p. 394.

¹¹ Ibidem, p. 395-396.

a importância do ponto de vista “interno” para caracterizar a primeira: ao passo que o hábito expressa apenas uma conduta regular, uniforme, que o observador pode registrar do ponto de vista externo, a condição de existência das regras é a sua visão pelo grupo social como pautas ou critérios gerais de comportamento e da sua violação como ato censurável.

Assinala o famoso teórico do Direito que, como existem conceitos jurídicos sem definição precisa, as normas jurídicas são integradas por termos que, junto a um núcleo de significado suficientemente claro, carregam uma zona de indeterminação e incerteza à sua interpretação.

Como demonstra Genaro Carrió, jurista argentino estudioso da obra de Hart, o ordenamento jurídico na visão hartiana constitui um sistema *aberto* de normas, recusando por isso mesmo a tese da plenitude hermética ou finitude lógica da ordem jurídica¹². Nessa linha, afirma Hart o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis”, repudiando a tese da função meramente declarativa da jurisdição. Noutras palavras: a teoria analítica hartiana admite que o ordenamento jurídico é lacunoso e que os juízes dispõem de poder para criar o Direito.

Hart marca a distinção entre normas *primárias* (impositivas de condutas) e *secundárias* (de instituições centralizadas para criar e aplicar as normas primárias). Partindo de uma hipotética sociedade primitiva, conclui o pensador britânico que, eventual ausência de normas secundárias acarretaria graves distorções, decorrentes principalmente de três causas fundamentais:

- (i) insuficiente pressão social tendente ao cumprimento das normas impositivas de conduta, ante a ausência de órgãos específicos a esse fim;
- (ii) estaticidade do sistema, resultante da ausência de alteração e adaptação das normas às modificações ocorridas no plano fático, social;
- (iii) incerteza quanto ao sentido e alcance das normas primárias vigentes no sistema.¹³

12 CARRIÓ, Genaro. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, passim.

13 HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 102-106

Hart aponta, portanto, para a necessidade de complementação das regras primárias pelas secundárias, de forma a conferir ao regime de regras um caráter de sistema. Na sua visão, o Direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias institucionais.

Ao contrário das normas primárias, as normas secundárias não criam obrigações, mas atribuem poderes. Na ótica hartiana, existem três tipos de normas secundárias:

- (i) de julgamento, disciplinadoras do processo e identificação dos órgãos e pessoas que devem julgar;¹⁴
- (ii) de alteração, que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias disciplinadoras da vida social;¹⁵ e
- (iii) de reconhecimento, que serve para estabelecer critérios dotadas de autoridade para identificar a regras válidas do ordenamento jurídico.¹⁶

Quanto às normas secundárias de reconhecimento (*rule of recognition*), Hart assinala que a sua existência não expressaria senão uma questão de fato, *in litteris*:

Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceita como apropriada para tal utilização. Expressar este simples fato dizendo de forma pouco clara que a sua validade é 'suposta, mas não pode ser demonstrada', é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correção de toda medida métrica, é ela própria correta.¹⁷

Assim, é possível identificar distinção entre a *grundnorm* de Kelsen e a *rule of recognition* de Hart: enquanto a existência ou validade da primeira deveria ser objeto de pressuposição, esta última não é válida nem

14 Ibidem, p. 106.

15 Ibidem, p. 105.

16 HART, op. cit., p. 104.

17 Ibidem, p. 120.

inválida – expressa uma existência fática, isto é, um fato efetivo referente à forma pela qual são identificadas as regras de um sistema eficaz.

2 DECISÃO JUDICIAL E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

2.1 PARA ALÉM DO TEXTO: SUPERAÇÃO DO MODELO POSITIVISTA NA CONTEMPORANEIDADE

Muito embora dotada de alto grau de generalidade, considerando que sob sua rubrica podem ser incluídas múltiplas escolas do pensamento jurídico que guardam importantes distinções teóricas entre si, certo é que a expressão “*pós-positivismo*”¹⁸ ou mesmo “*neopositivismo*”¹⁹ tem sido atualmente utilizada para designar modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

Com efeito, o fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha e a perplexidade planetária com as desumanidades praticadas sob amparo da legalidade (de que são exemplos marcantes o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki), impôs uma releitura das concepções teóricas que concebiam o ordenamento jurídico como algo indiferente a valores éticos. Passa-se a repensar as regras jurídicas sob a perspectiva de sua relação com os princípios e os valores, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo.

A dissociação do Direito para a Moral era sustentada pelo positivismo jurídico como resultante de uma concepção do Direito como um sistema que deveria ser neutro. Todavia, por ser insuficiente para garantir o efetivo controle dos abusos praticados pelo próprio Estado, o princípio da legalidade formal não se mostrou capaz de impedir o uso totalitário e antidemocrático do poder, podendo transformar “o delito em direito supremo”.²⁰

Sobre a relação entre Direito e Moral, cumpre registrar lição contudente de José Fernando de Castro Farias, in verbis:

18 Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 242.

19 Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 78.

20 ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Lei, o Direito e a Constituição*. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html>>. Publicado em: 28 de nov. de 2003. Acesso em: 02/fev./2011.

Não podemos voltar à ética grega – na qual o direito e a ética estavam intimamente ligados –, mas também não podemos admitir a distinção que é comumente feita pela filosofia do sujeito entre a moral – referindo-se às relações sociais que caem sob a responsabilidade pessoal – e o direito e a justiça política – como âmbito das relações que são mediadas institucionalmente.

Devemos rejeitar a tese da neutralidade e da suposição de um sistema jurídico fechado, contestar a ideia de uma legitimação do direito através da simples legalidade do procedimento que normatiza o direito, a fim de vislumbrar o princípio hermenêutico de modo reconstrutivo. Neste sentido, é fundamental a articulação entre o direito e a moral. O direito e a moral se cruzam constantemente. A moral não é estranha ao direito, pois a regra de direito é precisamente o reconhecimento pela massa das consciências individuais da necessidade da aplicação de certos valores éticos e morais numa sociedade. Ao lado dos aspectos fático e normativo, o aspecto axiológico – consubstanciado nos valores que fundamentam o direito – é um elemento constitutivo da experiência jurídica.

O direito não está subordinado à moral no sentido de uma hierarquia de normas, mas existe uma “relação de complementariedade recíproca” entre o direito e a moral. Os princípios morais e as finalidades políticas devem ser traduzidos para a linguagem do direito e engatadas no código jurídico porque, como afirma Habermas, “em sociedades complexas, a moral só obtém efetividade em domínios vizinhos, quando é traduzida para código do direito”. Por trás do direito positivo existe um complexo sentido de validade do direito legítimo mas, sobretudo em decisões sobre princípios, os argumentos de ordem extralegal, considerações de tipo pragmático, ético e moral, devem traduzir-se em argumentos jurídicos.²¹

Sobre o tema, afirmam Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia:

Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria do Direito normativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral.²²

21 FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 281-282.

22 DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente (org). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 650-651.

Diniz e Maia destacam cinco aspectos do modelo pós-positivista:

- a) inclusão de temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica;
- b) a importância dos casos difíceis;
- c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição;
- d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico;
- e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.²³

Iremos abordar a seguir especificamente o último desses aspectos, tendo em vista sua maior aproximação com a questão da discricionariedade judicial, objeto do presente estudo, e por representar o tema no qual Ronald Dworkin expõe um método de aplicação dos princípios para os casos difíceis e, com isso, formula uma crítica e propõe uma superação da proposta positivista para a solução dos problemas que não encontram resposta clara diretamente a partir dos textos legais.

2.2 O PAPEL DO JULGADOR NA TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Ao tratar dos casos difíceis, artigo originariamente publicado na Revista da Faculdade de Direito de Harvard, em 1975 e posteriormente publicado como capítulo do seu livro *“Levando os direitos a sério”*, o jurisfilósofo americano Ronald Dworkin formula uma crítica à concepção positivista segundo a qual os juízes seriam possuidores de um “poder discricionário” para decidir casos que não encontravam solução direta pela simples leitura dos diplomas normativos. Para Dworkin, assim agindo, os juízes estariam a legislar novos direitos jurídicos, aplicando-os retroativamente ao caso em questão. Dworkin entende que essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada e defende uma teoria melhor.

Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, *in litteris*:

²³ op. e loc. cit.

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, sem garantir que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões.²⁴

Sustenta o pensador norte-americano que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados. Para justificar sua posição, estabelece uma distinção fundamental entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*:

Embora ambos justifiquem uma decisão política, os últimos mostram que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo (v.g., argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política), ao passo que os *argumentos de princípio* mostram que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (v.g., o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito).²⁵

Para Dworkin, não foge à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política. Mas as decisões judiciais *não originais* deverão sempre ser justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. Passa a problematizar essa afirmação com a ideia de caso difícil: “*se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios seja por políticas.*” Para, em seguida, concluir que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis devem ser geradas por princípios e não por políticas.²⁶

24 DWORKIN, op. cit. p. 217.

25 Ibidem, p. 129.

26 DWORKIN, OP. CIT., p. 131-132.

Esclarece Dworkin que dois argumentos se combinam para sustentar o ideal de que a decisão judicial deve ser o menos original possível:

- (i) uma comunidade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria e responsáveis perante ela, como ocorre com os legisladores e não é o caso dos juízes, o que o impede de criar leis;
- (ii) se um juiz criar uma nova lei a aplicá-la retroativamente ao caso concreto, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

Para Dworkin, essas duas objeções são muito fortes se oferecidas contra decisões judiciais geradas por *políticas*. Não constituem objeção a decisões geradas por princípio. Isso porque, quanto à alegada falta de legitimidade dos juízes, os argumentos de princípios não se fundamentam em pressupostos sobre os interesses e necessidades da comunidade; a objeção quanto à vedação de originalidade judicial também não tem força contra as decisões que aplicam princípios, baseadas no conjunto normativo existente e não criados judicialmente.

O referido jurisfilósofo critica a ideia de que o direito costumeiro reduziria a área do poder discricionário de um juiz mas não eliminaria inteiramente essa área. Para ele, essa tese é insatisfatória por dois motivos:

- (i) não elucida se alguma moralidade acha-se assentada no conjunto de decisões proferidas por outros juízes no passado; e
- (ii) os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando primeiramente os limites das restrições institucionais para, só depois, resolver as coisas a seu modo.

Para Dworkin a tese dos direitos oferece resposta melhor e menos metafórica para a questão da interação entre a moralidade *pessoal* (do juiz) e a moralidade *institucional* (precedentes), *in verbis*:

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. [...] Desse modo, desaparece a alegada tensão entre

originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra. [...] Portanto, a tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito do modo como os juízes utilizam o precedente nos casos difíceis, uma explicação melhor do que a oferecida por qualquer teoria que atribua um lugar mais proeminente à política.²⁷

Logo a seguir, Dworkin afirma que os juízes se sujeitam, assim como qualquer autoridade política, ao princípio da responsabilidade política. Isso implica no dever de justificação da sua decisão particular, através de um dever de coerência na forma de uma “consistência articulada”.²⁸

Dworkin irá tentar definir direitos institucionais a partir de uma analogia com o jogo de xadrez. Para ele, os direitos institucionais podem ser encontrados em vários tipos de instituições e, assim como um jogador de xadrez tem um direito enxadrístico de ganhar um ponto em um torneio sempre que der um xeque-mate em seu adversário, em uma democracia um cidadão tem o direito legislativo de ver cumpridas as leis que protegem sua liberdade de expressão. O pensador norte-americano aprofunda essa ideia e a usa para reafirmar sua crítica à tese positivista da discricionariedade judicial, conforme abaixo transcrito:

Temos, então, no caso do árbitro da partida de xadrez, um exemplo de uma autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como regidas por restrições institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de “textura aberta” de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação. Podemos encontrar, nesse caso relativamente simples, alguma característica geral

²⁷ DWORKIN, op. cit., p. 136.

²⁸ *Ibidem*, p. 138.

dos direitos institucionais nos casos difíceis, que será relevante para a decisão de um juiz em um caso jurídico difícil.²⁹

Conclui Dworkin que as partes têm direito ao melhor juízo do magistrado sobre a verdadeira natureza de seus direitos, ainda que as regras não sejam exaustivas e suficientemente claras, tratando-se de uma afirmação sobre as responsabilidades dos julgadores e das partes.³⁰

Enfatiza Dworkin a importância de dois conceitos: o de *intenção ou propósito de uma determinada lei* e o de *princípios implícitos às regras positivas do direito ou que neles estão inscritos*. Afirma que, juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma *função* dos direitos políticos. Partindo de tais conceitos, o Dworkin irá inventar seu famoso juiz filósofo, *in litteris*:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.³¹

Dworkin irá sustentar que Hércules, o juiz de capacidade sobre-humanas que ele criou, deve desenvolver uma teoria da Constituição, procurando entender as regras que ela contém, as interpretações anteriores, e a filosofia política que embasa os direitos ali dispostos. Além disso, Hércules procurará a interpretação que vincula de modo mais satisfatório o disposto pelo Legislativo a partir das leis promulgadas e suas responsabilidades como juiz. Se perguntará qual argumento de princípio e de política convenceria o Poder Legislativo a promulgar

29 DWORKIN, *Ibidem*, p. 160.

30 *Ibidem*, p. 163.

31 DWORKIN, *op. cit.*, p. 165.

a lei sob estudo. Hércules também utilizará uma teoria política para interpretar a lei, para descobrir o seu fim.

Dworkin desenvolve, ainda, o passo seguinte na busca de Hércules pela melhor resposta ao caso concreto, consistente na análise dos precedentes, especialmente quando o problema a ele submetido não seja regulado por nenhuma lei. Ao analisar os precedentes, Hércules levará em conta os argumentos de *princípio* – e não de política – que o embasaram. Refere a um dado que deve ser considerado por Hércules: a *força gravitacional* dos precedentes:

Não obstante, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o quê é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.³²

A força gravitacional de um precedente, para Dworkin, deve repousar na equidade: os casos semelhantes devem ser tratados do mesmo modo. Sustenta que, para definir a força gravitacional de um precedente, Hércules só levará em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Essas ideias estão bem sintetizadas no trecho abaixo transcrito:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá alguma outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma.³³

³² DWORKIN, op. cit., p. 175.

³³ DWORKIN, op. cit., p. 177.

Assim, Hércules construirá uma cadeia de princípios que fundamentam o direito costumeiro, a partir das justificações dadas nas decisões pretéritas. Esses princípios devem ser capazes de justificar de maneira coerente *porque* determinadas decisões foram tomadas. Dworkin irá dizer que o direito pode até não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse, isto é, como se o ordenamento fosse como algo inteiriço, sem emendas.

Mesmo seguindo todo esse caminho, Hércules sabe da possibilidade de encontrar decisões incoerentes. Por isso precisa também de uma teoria sobre os erros. Ele construirá a primeira parte de sua teoria dos erros por meio de dois conjuntos de distinções, *in verbis*:

Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos. Ele também distinguirá entre erros enraizados e erros passíveis de correção; os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela.³⁴

A segunda parte da sua teoria deve demonstrar que é melhor que exista uma teoria dos erros do que o seu não reconhecimento. Hércules utilizará duas ordens de argumentos para demonstrar que uma determinada corrente jurisprudencial está errada. Irá se valer de argumentos históricos ou de uma percepção geral da comunidade, para mostrar que um determinado princípio que já foi historicamente importante, hoje não é mais, não exerce força suficiente para gerar uma decisão jurídica. Também utilizará argumentos de moralidade política, demonstrando que tal decisão ou princípio fere a equidade.³⁵

Dworkin responde ainda a uma eventual objeção, que ele chama de “*política*”, segundo a qual Hércules decidiria com base em suas próprias

34 DWORKIN, op. cit., p. 189.

35 DWORKIN, op. cit., p. 192.

convicções e preferências, o pareceria injusto, contrário à democracia e ofensivo ao princípio geral de direito.

A esse respeito, assinala Dworkin:

Trata-se, na verdade, de uma objeção ao fato de ele (e aqui ele se refere ao juiz Hércules) confiar na solidez de algumas de suas convicções; esta objeção sustenta que ele deve acatar certos juízos emitidos por outros ainda que, em sua opinião, tais juízos estejam errados. É difícil, contudo, ver quais de seus juízos a objeção supõe que ele deva submeter aos outros. Não teríamos este tipo de problema se Hércules tivesse aceito, em vez de recusar, uma teoria corrente da decisão judicial.³⁶

Aqui, se refere à tese positivista segundo a qual os juízes devem primeiro procurar a resposta no direito explícito e, se o mesmo não solucionar o caso, teria o juiz poder discricionário para decidi-los livremente. Para ilustrar este tipo de pensamento, Dworkin cria outro juiz, a que ele dá o nome de Herbert. A diferença entre o modo de decidir adotado por Herbert (juiz *positivista*) e por Hércules (juiz que adota a *tese dos direitos*) é tratada pelo pensador norte-americano da seguinte maneira:

Em todo caso, porém, estes argumentos que parecem feitos sob medida para Herbert, casam perplexidade enquanto argumentos contra Hércules. Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para determinar que os direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.

[...]

Esses casos hipotéticos demonstram que a objeção concebida contra Herbert tem muito pouco valor enquanto objeção contra Hércules. A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis

³⁶ DWORKIN, op. cit., p. 194.

e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em qualquer nível.³⁷

3 CONCLUSÃO

O positivismo jurídico procurou carrear ao Direito máxima objetividade científica, equipando-o à Lei e promovendo o seu afastamento da filosofia e de novas reflexões, tendo exercido forte influência sobre o pensamento jurídico da primeira metade do século XX, principalmente a partir da edição da *teoria pura do direito* de Hans Kelsen e do *conceito de Direito* de Herbert Hart.

Ambos os pensadores conferiam ao magistrado ampla margem de liberdade para decidir os casos concretos: pela perspectiva *kelseniana*, a validade de uma decisão judicial decorre apenas do fato de ter sido proferida por quem detinha competência segundo o ordenamento jurídico e corresponde a um ato político do juiz, alheio ao campo científico do Direito e pertencente ao mundo da prática jurídica; pelo ângulo da teoria analítica *hartiana*, o ordenamento jurídico é lacunoso e os juízes dispõem de poder para criar o Direito, devendo ser reconhecido o caráter criativo e construtivo da atividade jurisdicional ante os chamados “casos difíceis” e repudiada a tese da função meramente declarativa da jurisdição.

O ocaso do positivismo jurídico é associado à derrota dos regimes autoritários (fascismo e nazismo) bem como às desumanidades praticadas na 2ª Guerra Mundial sob o amparo da legalidade formal. Após esse momento histórico, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar com maior ênfase o pensamento jurídico, abrindo-se espaço para novas reflexões no campo do Direito, onde se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras.

Ainda que não possua grande valor científico, tendo em vista seu alto grau de generalidade, a expressão “*pós-positivismo*” ou “*neopositivismo*” pretende designar os modelos que representam uma ruptura com o positivismo jurídico, principalmente no que se refere à rígida separação entre o Direito e a Moral e a Política.

37 DWORKIN, op. cit., p. 196-197.

Dentre as teorias críticas ao positivismo jurídico, destacamos alguns aspectos do pensamento de Ronald Dworkin quanto à aplicação do direito. Ao sustentar, por exemplo, que as decisões judiciais não devem se amparar em argumentos de política, mas de princípios, e que, mesmo nos casos difíceis, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não criar novos direitos, o jurista norte-americano marca sua distinção teórica com o positivismo jurídico ao elaborar uma proposta de superação das fórmulas positivistas a respeito do papel do julgador na teoria do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARRIÓ, Genaro. *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. “Pós-positivismo”. In: BARRETO, Vicente (org.). *Dicionário de filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, Política e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KElsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º a 6º*. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Lei, o Direito e a Constituição*. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030101.html>>. Publicado em: 28 nov. de 2003. Acesso em: 02/fev./2011.