

Key Words

Judicial decision; Positivism; Post-positivism.

1 Introdução

A problemática dos casos difíceis no campo do direito ganha relevo especialmente a partir do desenvolvimento da chamada “nova hermenêutica”, a qual surge com o desenvolvimento da jurisprudência dos problemas, nos termos de Bonavides, o qual se remete a Viehweg², vale dizer, a partir do enfoque do direito como dado reconstrutivo, considerando-se cada caso concreto por ele a ser resolvido como ponto de inflexão na decisão judicial e não com base na subsunção mecanicista dos fatos às normas semanticamente pré-determinadas.

Para as teorias atuais, um caso pode ser considerado difícil quando existe incerteza, seja esta estabelecida pela existência de diversas normas que determinam decisões diferentes – porque as normas podem ser contraditórias -, seja porque não existe uma norma aplicável de forma precisa ao caso (DWORKIN, 2002). Por outro lado, diz-se que um caso é fácil, quando a subsunção de determinados fatos sob uma determinada regra não é contrária ao sistema de princípios que dão coerência à instituição ou setor normativo que lhe diga respeito. Ou seja, quando bastar a adoção da regra como razão peremptória para a resolução do caso concreto (ATIENZA; MANERO, 1996, p.22-23).

Assim, pretende-se com o presente trabalho apresentar, em linhas gerais, como estaria delineada uma teoria da decisão judicial dos casos difíceis a partir das concepções de Herbert Hart e Ronald Dworkin na polêmica travada entre eles.

O desenvolvimento do presente estudo partirá de uma sucinta descrição das teorias de ambos os autores para, a seguir, traçar alguns dos contrapontos que ambas apresentam. Com isto, objetiva-se traçar algumas das bases teóricas a respeito da teoria da decisão judicial no que se refere ao tratamento dado aos casos difíceis a partir de dois dos mais representativos juristas do Direito contemporâneo. Portanto, sem a pretensão de esgotar o assunto e sim de assentar premissas para uma posterior discussão mais aprofundada.

comportamento. Já as regras secundárias conferem poderes ou regras que se referem a outras regras, e são classificadas por Hart (1986, p.101-107) da seguinte forma:

1) **regras de alteração:** proporcionam aos indivíduos e legisladores mecanismos p/ introduzir novas regras primárias e para eliminar as antigas, resolvendo, dessa forma, o problema do caráter estático das regras;

2) **regras de julgamento:** atribuem poder de julgar se uma regra foi ou não violada e resolve o problema da ineficácia da pressão social difusa;

3) **regra de reconhecimento:** identifica o direito vigente em uma sociedade e fornece solução para a incerteza na identificação do direito, estabelecendo a distinção de outros sistemas.

A partir da distinção entre regras primárias e secundárias, Hart propõe que a validade de uma norma primária se dá pela sua pertinência ao ordenamento e o critério último de validade das normas é o recurso à regra de reconhecimento, que é uma regra que separa as normas jurídicas das não jurídicas. Ou seja, ela estabelece os limites do direito, excluindo o recurso aos elementos axiológicos.

Aliás, no capítulo IX do seu **Conceito de Direito**, ele claramente separa o âmbito dos valores morais do âmbito do direito, porém considera que a conexão entre direito e moral pode vir a existir - por exemplo, como conteúdo mínimo do direito natural no direito positivo³ - mas esta não é, segundo ele, uma condição necessária para definir a validade das regras.

Para Hart (1986), a estrutura que resulta da combinação das regras primárias de obrigação com as secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, está no centro de um sistema jurídico, mas não é o suficiente para compreendê-lo, pois existe outro problema envolvido na compreensão do direito, que seria o da interpretação das regras e a sua aplicação ao caso concreto, o qual resultará na sua teoria dos casos fáceis e difíceis no Direito.

As regras, diz o autor, não estão dirigidas a pessoas ou coisas particulares, mas a classes de pessoas ou coisas, ou, em suas palavras, “envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais”(HART, 1986, p.134), e,

como a precisão da linguagem humana, é limitada isso atribui a todas as regras uma orla de imprecisão ou uma textura aberta, que dificulta a aplicação das regras primárias e interfere também na regra de reconhecimento.

Assim, para Hart, um dos fatores que levam o direito a apresentar uma textura aberta são os limites da própria linguagem, sendo que é a partir deste ponto que o autor desenvolve a sua teoria da decisão judicial.

Segundo o autor:

A textura aberta do direito significa 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. (sem grifo no original). (HART, 1986, p.138)

Portanto, diferente de Kelsen (1979) que propõe haver uma moldura que, de forma pré-determinada, delimita semanticamente o campo de interpretação da norma jurídica a partir de um número limitado de significado das normas, Hart, parece deixar o campo interpretativo mais livre para a discricionariedade do julgador quando este se depara com um caso no qual a regra aplicável - lei ou precedente - apresenta textura aberta.

Para identificar os casos fáceis e difíceis, Hart parte da constatação segundo a qual toda expressão lingüística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. No núcleo estão os casos fáceis, pois nesses as expressões gerais são claramente aplicáveis (se temos algo qualificável como um veículo, diz Hart, um automóvel o é certamente). Em tais casos, basta o recurso ao silogismo para conectar o caso concreto à norma.

Nas zonas de penumbra estariam localizados os casos de difícil interpretação, nos quais não está claro se deve ser aplicada ou não a expressão geral apresentada pela regra (segundo o exemplo de Hart: a expressão “veículo” aqui utilizada inclui bicicletas e patins?).

Portanto, nos casos difíceis, a aplicação do silogismo não é a solução correta do que se deve fazer, pois, segundo Hart, a linguagem da regra parece só delimitar um exemplo dotado de autoridade, o qual seria aplicável aos casos simples. Nos casos difíceis, a linguagem normativa deixa em aberto um poder discricionário amplo ao intérprete e aplicador do direito. Este poder discricionário resulta em uma esco-

lha dotada de um grau maior de liberdade, que o julgador passa a ter para proferir a sua decisão, porém, ressalta Hart, que esta escolha é preferível ao formalismo sustentado por alguns juristas.

Na verdade, ele vai defender um meio termo entre o formalismo e o ceticismo sobre as regras (este último típico do realismo), isto porque, segundo Hart (1986, p.143):

De facto, todos os sistemas, e formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto.

Assim, a decisão dos casos difíceis - que para Hart são aqueles que envolvem questões complexas determinadas pela imprecisão lingüística - passa a exigir uma interpretação razoável por parte do juiz ou tribunal, que deverá/poderá utilizar sua discricionariedade para escolher a interpretação que considera mais apropriada para o caso concreto. Entretanto, Hart não chega a estabelecer os parâmetros aos quais o juiz estaria vinculado para decidir um caso difícil, o que redundou na crítica segundo a qual sua teoria sugere que a decisão judicial pode ter um grau muito amplo de subjetividade.

No entanto, ressalta-se que para Hart, quando o juiz decide os casos difíceis, utilizando elementos da moral ou da política, não está aplicando e sim criando um direito novo, o que o leva a considerar que não existe uma única decisão correta para os casos difíceis.

É precisamente essa tese – a da possibilidade de várias decisões corretas para um mesmo caso - que se constitui em um dos pontos centrais (e mais polêmicos) da teoria da decisão judicial formulada por Ronald Dworkin, o qual, ao contrário de Hart, conforme se verá a seguir, somente admite uma única decisão para os casos a serem decididos pelo Direito.

3 Teoria dos casos difíceis em Ronald Dworkin, a discricionariedade judicial e sua crítica a Herbert Hart

Para melhor compreender a teoria da decisão judicial de Dworkin, convém delinear algumas considerações gerais acerca de sua concepção do Direito⁴.

Em primeiro lugar, a obra de Dworkin se caracteriza por suas inúmeras críticas ao positivismo jurídico, o que fez com que recebesse classificações tais como: pós-positivista, jusnaturalista, neojusnaturalista ou antipositivista.

Para Dworkin (1999), Direito, moral, justiça e política estão intrinsecamente conectados. O Direito, segundo o autor, é um conceito interpretativo e possui uma prática argumentativa da qual dependem sua complexidade, função e conseqüências.

De acordo com López Calera (1992, p.112), as duas teses mais antipositivistas de Dworkin seriam:

1) a recuperação dos direitos humanos individuais, no sentido de que tais direitos são preexistentes e mais importantes que aqueles reconhecidos pela legislação. O ataque a concepção do Direito como “modelo de regras” (Hart) e a sugestão de um “modelo de direitos” no qual se leva os direitos a sério e se dá mais importância aos direitos que às leis;

2) a recuperação da idéia de princípios universais e objetivos de moralidade política.

Ainda de acordo com López Calera, talvez uma maneira adequada de resumir as grandes propostas de Dworkin (2002), seja considerar a diferenciação que ele estabelece entre normas e princípios.

Primeiramente, pode-se afirmar que os princípios seriam imperativos de justiça, de equidade e moral.

Segundo Dworkin (2002, p.39), a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica:

As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁵.

Já os princípios⁶, ao contrário das regras,

Enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessitam de uma decisão particular (DWORKIN, 2002, p.41).

Segundo Dworkin, os princípios não apresentam uma decisão concreta, uma vez que não raramente poderá haver princípios

contraditórios entre si. Nessa hipótese (colisão de princípios), prevalecerá o princípio que tenha mais peso ou importância em relação ao caso concreto. O que não significa que o princípio afastado não faça parte do sistema jurídico, pois ele poderá ser aplicado em outro caso no qual princípio preterido poderá ser decisivo. As regras não possuem tal dimensão de peso ou importância, ou seja, se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida e deve ser abandonada ou reformulada.

A defesa dos princípios nos processos judiciais leva Dworkin a esclarecer de que forma eles são obrigatórios e se os mesmos são princípios extra-jurídicos que o juiz é livre para observar ou, ao contrário, se vinculam diretamente o juiz.

A partir destes problemas, Dworkin irá criticar a teoria do árbitro judicial defendida por Hart, segundo ele, própria do positivismo, e construir sua teoria da adjudicação, baseada no caráter jurídico dos princípios (LÓPEZ CALERA, 1992) e na sua concepção ou teoria do "Direito como integridade".

Diferente de Hart, Dworkin (2002) sustenta que os casos difíceis possuem sim uma resposta correta e que a teoria hartiana sobre os casos difíceis é incompleta e insatisfatória, tanto do ponto de vista descritivo quanto do ponto de vista justificativo.

Do ponto de vista descritivo, Dworkin ataca a tese de Hart de que a idéia de discricionariedade pressupõe que os juízes, ao afirmarem que sua decisão é a correta, estão, na verdade, utilizando um instrumento retórico para disfarçar uma decisão discricionária. Segundo Dworkin (1999), tal presunção não faz sentido, pois a prática jurídica demonstra que os advogados e juízes discutem sobre o que as regras e princípios prescrevem para o caso e não sobre o grau de discricionariedade do juiz para resolver os casos difíceis.

Sobre o ponto de vista justificativo, Dworkin afirma que a teoria da discricionariedade judicial de Hart não pode ser justificada num Estado democrático, uma vez que o exercício de poderes típicos do legislativo pelos juízes, os quais não são eleitos pelo voto, desvirtua o princípio democrático da soberania popular.

Nesse sentido, Dworkin ainda afirma que a tese hartiana dos casos difíceis vai de encontro ao princípio da legalidade. Isto porque, de acordo com Hart, quando não há normas claras, nenhuma das

partes envolvidas possui direito ou deveres antes que o juiz os estabeleça *ex post facto* na sentença, o que seria considerado uma aplicação retroativa do direito(RODRIGUES, 1997).

Assim, a crítica de Dworkin à teoria da decisão judicial proposta por Hart, indica o caminho para a elaboração de um modelo descritivo-justificativo para solucionar os casos difíceis coerente com o modelo do Estado Democrático de Direito.

Dworkin enfoca a questão da discricionariedade do juiz a partir das fontes do direito. Portanto, a discricção judicial em um caso concreto se apresentaria quando o recurso às fontes sociais do Direito fosse insuficiente, ou seja, o Direito positivo não forneceria solução para o caso (apresentaria uma lacuna) ou então a solução fornecida se mostraria inadequada, quando em comparação a padrões de justiça socialmente admitidos (DANTAS, 2004).

A teoria de Dworkin para a solução dos casos difíceis está centrada na sua diferenciação entre princípios e regras⁷, pois, como será visto, para o autor, quando o juiz se depara com um caso difícil ele não possui discricionariedade absoluta para decidir, uma vez que está vinculado a princípios.

Portanto, em um caso difícil, é possível que não exista uma regra a ser aplicada, ocasião em que o juiz deverá lançar mão dos princípios⁸ para garantir a completude do sistema⁹. É importante frisar que os princípios a serem utilizados pelo julgador podem ser também aqueles não positivados, ou seja, os princípios morais, os quais, através de um processo de argumentação jurídica, ingressarão no sistema do Direito (DWORKIN, 2001).

O modelo de princípios apresentado por Dworkin para a solução dos *hard cases* (casos difíceis) busca reduzir a incerteza e a insegurança mediante a justificação de critérios objetivos, para tanto a decisão judicial deve estar afinada com a sua concepção de Direito como integridade (ideal político da integridade).

Segundo Dworkin (1999, p 291)

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa

sugere que os juízes podem/devem utilizar-se da discricionariedade, pois não há uma resposta correta para o caso, devendo os juízes tomarem a decisão que considerarem mais razoável de acordo com suas preferências morais e políticas.

Já Dworkin estabelece uma abordagem que aproxima o Direito da moral e da política, a qual nega a discricionariedade judicial. Diferente de Hart, Dworkin situa os casos difíceis a partir das fontes do Direito. Nesta linha de pensamento, os casos difíceis estão localizados naquelas hipóteses em que o Direito positivo não oferece solução (hipótese de lacuna) ou então a solução apresentada não é condizente com os padrões de justiça socialmente adotados pela comunidade. Diante de tais casos, o juiz não possui discricionariedade, pois sua decisão estará limitada pelos princípios (jurídicos e extra-jurídicos) e pelo ideal político do Direito como integridade.

Assim, pode-se concluir que a concepção do inglês Herbert Hart situa-se nos contornos do positivismo jurídico, pois este se ocupa com a determinação e limites do Direito, para, através da identificação de suas fontes, distingui-lo de outros sistemas normativos como o da moral¹⁰. Nesta perspectiva, é necessário recordar que para Hart não há uma conexão necessária entre direito e moral, e o juiz não está vinculado aos princípios morais socialmente adotados.

Já, o jurista norte-americano Dworkin pode ser considerado representante daquilo que alguns autores chamam de pós-positivismo¹¹. Segundo Calsamiglia, uma das características das teorias denominadas pós-positivistas – além do ataque a diversas teses sustentadas pelo positivismo jurídico como a não conexão Direito/moral – é que elas modificam a agenda de problemas da teoria jurídica positivista passando a destacar com mais ênfase os problemas referentes à indeterminação do Direito e, a partir daí, deslocam o centro de atenção dos casos fáceis para os casos difíceis¹².

E, com efeito, a teoria de Dworkin, além de afirmar que a conexão entre direito, moral e política é necessária, dedica-se especialmente à solução dos casos difíceis no âmbito jurídico sem abandonar os parâmetros do mesmo sistema, na medida em que questões de ordem moral ou política poderão tornar-se jurídicas conforme a complexidade de cada situação concreta e a insuficiência do repertório estritamente normativo¹³.

Notas

- 1 Artigo originalmente elaborado para atender às exigências da disciplina Fundamentos e Princípios da Ciência Jurídica, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí- SC, ministrada pela Prof. Doutora Cláudia Rosane Roesler.
- 2 A expressão “nova hermenêutica” é utilizada por BONAVIDES, 1998, p 446-473, ao traçar como divisor de águas na teoria da interpretação e aplicação do Direito, a teoria exposta na obra: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Ministério da Justiça. Coleção Pensamento Jurídico contemporâneo. Brasília:Departamento de Imprensa Nacional. 1979. Também a esse respeito, conferir a percuente análise da obra de Viehweg em ROESLER, 2004.
- 3 A esse respeito conferir LÓPEZ CALERA. 1992, p. 104-107.
- 4 Cf. DANTAS, 2004. As obras principais em que Dworkin apresenta sua concepção sobre o Direito são: Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, e Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- 5 Dworkin cita como exemplo de regra aquela que exige um número específico de testemunhas para que um testamento seja válido.
- 6 Cf. DWORKIN, Ronald. 1999, p. 25. Como exemplo, temos o princípio levantado no caso *Riggs X Palmer* segundo o qual ninguém pode beneficiar-se de seu próprio erro.
- 7 Segundo Dworkin, somente nos livrando do direito representado pelo modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo que leve em conta a complexidade de nossas práticas. Cf. DWORKIN, 2002, p. 32 a 40.
- 8 Além da distinção entre normas e princípios Dworkin realiza uma distinção complementar entre princípios em sentido estrito e políticas. Os primeiros são *standards* que garantem um direito individual ou de um grupo, já as políticas fomentam um objetivo coletivo e sua justificação se encontra no bem estar da comunidade. Na insuficiência ou inadequação das regras deve-se utilizar argumentos de princípio e não de política. Cf. DWORKIN, 2002, p. 129.
- 9 Cf. RODRÍGUEZ, 1997, p. 77-78. O autor complementa dizendo que para Dworkin a completude do direito é, pelo menos, uma idéia reguladora da atividade judicial e Hércules deve resolver os casos assumindo que os princípios preenchem os vazios normativos.
- 10 Lopéz Calera afirma que a teoria Hartiana pode ser considerada estritamente positivista na medida em que busca explicar o que é o direito e não como ele deve ser. No entanto o autor afirma que a perspectiva científica assumida por

Hart não excluiu totalmente o apontamento de problemas axiológicos. CALERA LÔPES, 1992, p. 115.

- 11 Por exemplo, Albert Calsamiglia no prólogo à edição espanhola da obra DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989 e também. CALSAMIGLIA, 1998, p. 209-220, além de BONAVIDES, 1998, p.246-247. Ressalta-se que o termo pós-positivismo não é compartilhado pela totalidade dos juristas para designar as teorias contemporâneas do Direito as quais pretendem reformular as bases do positivismo jurídico.
- 12 Segundo Calsamiglia "Se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Creo que ésa es una posibilidad pero me parece que en el seno del positivismo esas tesis han sufrido modificaciones importantes. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. CALSAMIGLIA, 1998, p. 209-220.
- 13 Para Nicolas Lopes Calera, Dworkin é de maneira clara um antipositivista belicoso e de uma forma não tão clara um jusnaturalista camuflado ou moderado. LÔPES CALERA, 1992, p. 115.

Referências

ATIENZA, Manuel; MANERO, Ruan Ruiz. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. Barcelona: Ariel, 1996. 207 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 878 p.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante - Espanha, n. 21-I, p. 209-220, 1998. Disponível em: [<http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?>>]. Acesso em março de 2003.

CALSAMIGLIA, Prólogo a DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. 5ª reimpressão. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho. 2002. 508 p. Título original: *Taking Rights Seriously*

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. São Paulo. Madras, 2004. 373 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. Título original: *Law's Empire*.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Título original: *Taking Rights Seriously*.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Título original: *A Matter of Principle*.

LÓPEZ CALERA, Nicolas Maria. **Filosofia del Derecho**. Granada: Comares, 1992. 245 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 484 p. Título do original: *Reine Rechtslehre*.

RODRÍGUEZ, César . **La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin, estudio preliminar**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. 191 p.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. 226 p.

Recebido em: 20/12/2004

Avaliado em: 10/02/1005

Aprovado em 21/03/2005