



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Núcleo de Pesquisa e Monografia - NPM

CLARA LEONEL ABREU

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM CASOS DIFÍCEIS À
LUZ DO DEBATE HART VS. DWORKIN**

BRASÍLIA

2014

CLARA LEONEL ABREU

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM CASOS DIFÍCEIS À
LUZ DO DEBATE HART VS. DWORKIN**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini.

BRASÍLIA

2014

CLARA LEONEL ABREU

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM CASOS DIFÍCEIS À
LUZ DO DEBATE HART VS. DWORKIN**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Álvaro Luis de Araújo Ciarlini.

Brasília, 03 de outubro de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Álvaro Luis de Araújo Ciarlini, Dr.

Orientador

Prof.

Examinador

Prof.

Examinador

À minha família.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar a legitimidade do uso da discricionariedade judicial como solução para casos difíceis à luz dos modelos de direito propostos por Herbert Hart e Ronald Dworkin. Em sua obra “O Conceito de Direito”, uma das mais aclamadas do positivismo jurídico contemporâneo, Herbert Hart propõe um modelo de direito como sistema formado por regras primárias e secundárias, as quais são identificadas por meio de um teste fundamental de validade. Esse teste se traduz na regra secundária de reconhecimento, que constitui tanto o critério de delimitação como de validade do direito na teoria de Hart. Um dos pontos centrais dessa teoria é a textura aberta do direito, que significa que as regras jurídicas não são capazes de comunicar padrões de conduta de forma perfeita, o que acaba por gerar lacunas na lei. Hart defende que, diante de uma lacuna, ou seja, de um caso difícil não contemplado pelas regras jurídicas, seria dado ao juiz um poder discricionário forte que permite decidir a controvérsia segundo elementos não jurídicos, pelo modo que o juiz achar mais adequado. Em sua obra “Levando os direitos a sério”, Dworkin rejeita essa teoria, argumentando que a discricionariedade conduz a decisões arbitrárias e irracionais do ponto de vista jurídico. Em contraposição a essa doutrina, Dworkin propõe um modelo de resolução de casos difíceis baseado na virtude moral da integridade, que fornece uma justificação coerente para as decisões judiciais, fundamentando-as em princípios jurídicos. A partir da reintrodução de um argumento de natureza moral, Dworkin propõe um critério de coerência e controle das decisões judiciais, que preenche o vazio deixado pela discricionariedade e torna o direito capaz de resolver até mesmo os casos difíceis.

Palavras-chave: Teoria geral do direito. Discricionariedade judicial. Casos difíceis. Integridade. Hart. Dworkin.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legitimacy of judicial discretion as a solution to hard cases in the light of the models of law proposed by Herbert Hart and Ronald Dworkin. In his work "The Concept of Law," one of the most acclaimed of contemporary positivism, Herbert Hart proposes a model of law as a system consisting of primary and secondary rules, which are identified by a key test of validity. This test translates into the secondary rule of recognition, which constitutes both the criterion of demarcation as to the validity of law in Hart's theory. Central to this theory is the open texture of law, which means that legal rules are not able to communicate standards of conduct in a perfect way, which ends up generating gaps in the law. Hart states that, before a gap in the law, i.e., a hard case that is not covered by any legal rules, the judge would be given a strong discretionary power that allows him to decide the dispute according to non-legal elements, in the way that he feels is appropriate. In his book "Taking rights seriously," Dworkin rejects this theory, arguing that discretion leads to arbitrary and irrational decisions from the legal point of view. In opposition to this doctrine, Dworkin proposes a model for resolving hard cases based on the moral virtue of integrity, which provides a coherent justification for judicial decisions, basing them on legal principles. Through the reintroduction of an argument of a moral nature, Dworkin proposes a criterion of coherence and control of judicial decisions, which fills the void left by discretion and enables the law to solve even hard cases.

Keywords: General theory of law. Judicial discretion. Hard cases. Integrity. Hart. Dworkin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O <i>POSITIVISMO</i> DE HERBERT HART	10
1.1 Questões Persistentes	10
1.2 A insuficiência do modelo de direito como ordens baseadas em ameaças proposto por John Austin	14
1.3 O direito como união de regras primárias e secundárias	27
1.3.1 A ideia de obrigação jurídica	28
1.3.2 Regras primárias e secundárias	33
1.4 A regra de reconhecimento como critério de demarcação do direito	39
1.5 A textura aberta do direito e a discricionariedade judicial	45
2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN	52
2.1 A crítica de Ronald Dworkin ao conceito de direito proposto por Hart	52
2.2 A superação do critério da discricionariedade forte como fundamento para as decisões judiciais em casos difíceis	58
2.3 O direito como integridade	64
3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	82
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo analisar o fenômeno da discricionariedade judicial diante de casos difíceis, especialmente em matéria de políticas públicas, à luz das teorias propostas por Herbert Hart e Ronald Dworkin. Para dar conta desse objetivo, elencou-se o seguinte problema de pesquisa: quais os argumentos que o juiz pode empregar, no julgamento de um caso difícil, para discordar de uma decisão tomada no âmbito administrativo? É adequado o uso do poder discricionário pelo juiz nesses casos?

Sabemos que, cada vez mais, colocam-se diante do Poder Judiciário casos que não podem ser resolvidos pelas normas existentes no sistema jurídico. A judicialização dos conflitos de larga escala, em especial por meio da ação civil pública, tem levado aos tribunais numerosos casos que frequentemente exigem do juiz uma decisão de caráter nitidamente político. Nesses casos, ditos *difíceis*, haverá valores em conflito e nenhum critério jurídico apontará ao juiz uma decisão correta. Então, como deve o juiz fundamentar sua decisão? Que argumentos poderão ser utilizados para justificar a posição adotada?

Herbert Hart propõe uma doutrina do poder discricionário como solução para os casos difíceis. A partir de uma teoria sobre a validade da norma, construída sobre a concepção de direito como união de regras primárias e secundárias, Hart sustenta que o direito comporta lacunas, espaços vazios deixados pelas regras jurídicas, os quais devem ser preenchidos pelo juiz numa atividade verdadeiramente criadora do direito. No primeiro capítulo deste trabalho, será analisada a teoria concebida por Herbert Hart em sua obra “O Conceito de Direito”, uma das mais prestigiadas e influentes do positivismo jurídico contemporâneo.

Partindo da refutação do modelo de direito proposto por John Austin, apresentaremos o conceito de direito como união de regras primárias e secundárias de Hart, cujo critério de validade e demarcação é expresso pela regra de reconhecimento. Com base nesse conceito, será explicada a tese da textura aberta das normas como principal motivo que levou à concepção de um critério discricionário para a solução de casos difíceis.

Em seguida, no segundo capítulo, será estudado o ataque de Ronald Dworkin a essa teoria, a partir das obras “Levando os direitos a sério” e “O império do direito”. Demonstraremos que uma das críticas mais importantes de Dworkin se direciona ao critério de validade proposto por Hart, acusando-o de ser incompleto, pois deixaria de fora do conceito de direito padrões extremamente importantes na realidade jurídica: os princípios. A partir do entendimento dos princípios como padrões genuinamente jurídicos, Dworkin criticará o critério da discricionariedade forte de Hart, argumentando que ele conduz a decisões injustas e irracionais do ponto de vista jurídico, ao apontar lacunas onde poderiam existir deveres legais impondo ao juiz uma decisão.

Veremos que, segundo Dworkin, ao contrário do que defende Hart, mesmo em casos difíceis há sempre uma resposta juridicamente correta, competindo ao julgador encontrá-la a partir de uma atividade interpretativa do direito sob o ponto de vista da moralidade. Será analisada, em seguida, a virtude da integridade, proposta por Dworkin como caminho para a solução de casos difíceis, em contraposição à doutrina do poder discricionário forte. Analisaremos, ainda, o modelo do juiz ideal “Hércules” e a alegoria do “romance em cadeia” como parâmetros de atuação dos julgadores em casos difíceis, em consonância com o valor moral da integridade.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado em linhas gerais o fenômeno da judicialização da política no Brasil e o modo como esse fenômeno conduz a decisões judiciais discricionárias e políticas. Depois, será apresentada uma decisão judicial que reproduz a questão da discricionariedade judicial forte no controle de políticas públicas e analisaremos os fundamentos dessa decisão à luz do debate entre Hart e Dworkin sobre os casos difíceis.

Ao final, o problema colocado induzirá o estabelecimento da seguinte hipótese de pesquisa: o critério da discricionariedade forte, conforme proposto por Herbert Hart, mostra-se insuficiente para fundamentar e legitimar decisões judiciais, pois não fornece uma justificção coerente para a solução do caso concreto, o que conduz a decisões juridicamente irracionais e insuscetíveis de controle. A discricionariedade forte é uma ferramenta perigosa, pois permite a tomada de decisões judiciais puramente políticas, sem qualquer justificativa de coerência jurídica. A teoria de Dworkin se sobrepõe ao critério da discricionariedade forte pois

estabelece um critério de controle das decisões judiciais, impondo a exigência da justificação à luz da tradição da integridade, em harmonia com critérios de coerência argumentativa e com a comunidade de princípios jurídicos, permitindo que seja alcançada a melhor solução possível para a salvaguarda de direitos subjetivos.

1 O POSITIVISMO DE HERBERT HART

1.1 Questões Persistentes

O que é o direito? Essa é uma questão que tem ocupado os pensadores de forma persistente ao longo dos anos e provocado inúmeras tentativas de resposta dos mais variados tipos. Embora seja verdade que a maioria das pessoas possui uma compreensão geral sobre o que é o direito, essa indagação persiste mesmo entre os maiores conhecedores da ciência jurídica, que têm dedicado vasta reflexão ao tema na expectativa de elucidar alguns pontos controversos sobre a natureza do direito e os elementos de um sistema jurídico. Esses pontos controversos, que há muito tempo ocupam o centro das discussões entre os jusfilósofos, são a força que movimentam a teoria do direito, conferindo contínua relevância aos debates sobre a sua natureza.

Herbert Hart dá início à sua obra “O Conceito de Direito” propondo-se a desvendar quais são esses pontos de controvérsia que têm nutrido a pergunta “*o que é o direito?*” ao longo dos anos. Ele não pretende responder a essa questão de forma definitiva, mas sim descobrir o que é que mantém viva essa discussão, para, a partir disso, identificar quais são os elementos que caracterizam um sistema jurídico moderno. Para isso, Hart começa apontando três **questões recorrentes** sobre a natureza do direito, que têm permeado as controvérsias entre os juristas e cuja análise permitirá elucidar as características de um sistema jurídico.

A primeira dessas questões recorrentes surge a partir da ideia de que, se existe o direito, então algumas condutas humanas deixam de ser facultativas e passam a ser *obrigatórias* em certo sentido. Hart toma por base a teoria proposta pelo filósofo John Austin para ilustrar a obrigatoriedade do direito nesta primeira acepção, e refutará essa teoria para propor seu próprio modelo de direito. Para Austin, a noção mais simples de obrigatoriedade se configura quando uma pessoa exige que outra se submeta à sua vontade, proferindo uma ordem fundada numa ameaça. Essa ameaça não equivale à coerção física, mas sim a uma coação psíquica: a obediência é obtida a partir da advertência de que consequências desagradáveis sobrevirão caso não se cumpra a ordem dada. A essência do direito estaria, assim, segundo a fórmula de Austin, na imposição de comportamentos

humanos por meio de *ordens baseadas em ameaças*.¹ Essa hipótese pode ser ilustrada por um exemplo simples: um assaltante armado ordena ao caixa de um banco que lhe entregue uma quantia em dinheiro, sob a ameaça de matá-lo.² Se a vítima obedece a essa ordem, entregando o dinheiro, ela teria sido *obrigada* a agir de determinado modo em razão de uma ameaça.

Conforme demonstraremos mais à frente, embora os sistemas jurídicos compreendam, em certa medida, ordens que se baseiam em ameaças, essa concepção de obrigatoriedade é muito simples para explicar o fenômeno do direito. Isso nos leva à primeira questão recorrente proposta por Hart: *como se diferencia o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com elas?*³

A segunda questão recorrente também deriva da constatação de que, existindo o direito, certas condutas deixam de ser facultativas e passam a ser obrigatórias. Porém, neste segundo sentido, a obrigatoriedade do direito decorre não de ameaças, mas de *regras morais*: haveria regras morais que imporiam obrigações de comportamento, retirando certas condutas humanas da esfera da facultatividade e tornando-as obrigatórias. Este ponto de vista, característico do jusnaturalismo, sugere uma compreensão do direito como ramo da moral, de modo que a essência do direito estaria na sua congruência com os princípios morais e de justiça.⁴

Hart admite que todo sistema jurídico contém semelhanças com as regras morais, seja porque ambos os sistemas – direito e moral – comportam direitos e deveres, seja porque o direito reproduz, em suas normas, uma parte das obrigações morais fundamentais (por isso a frequente coincidência entre deveres jurídicos e deveres morais). Apesar disso, Hart defende a total independência entre direito e moral, o que conduz à segunda questão recorrente: *como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta?*⁵

¹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 10-11.

² BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 108.

³ HART, op. cit., p. 11.

⁴ Ibidem, p. 12.

⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 12.

A terceira questão recorrente possui caráter mais amplo e se volta para a afirmação de que o direito é um sistema formado essencialmente por *regras*. À primeira vista, esse pode não parecer um ponto controverso, pois tanto aqueles que entendem o direito como ordens baseadas em ameaças quanto aqueles que o compreendem em sua relação com a moral concordam que o direito é formado por *regras*, pelo menos em grande parte. Há, no entanto, uma grande incerteza por trás dessa questão: o que seriam, de fato, as regras, e o que significa dizer que elas existem?⁶

Para Hart, uma regra não se confunde com a mera convergência de comportamentos num certo sentido. Desse modo, exemplifica, todos os britânicos podem tomar chá regularmente no mesmo horário sem que haja uma regra a exigir tal comportamento, e eventuais desvios a essa conduta habitual não serão objeto de censura. Existem, porém, *regras* – jurídicas ou não – que impõem determinado comportamento habitual, e, neste caso, os desvios ao padrão imposto pela regra serão objeto de punição. Nisso reside, para uma linha de juristas, a diferença central entre regras e meros hábitos de grupo: enquanto nas regras existe a previsibilidade de uma punição, nos hábitos de grupo os desvios não são objeto de censura. Trata-se da *teoria da previsibilidade*, que descreve a regra social em termos da previsão de um castigo ou punição perante a sua violação.⁷

Para os aliados dessa teoria, as regras jurídicas se diferenciam das regras não-jurídicas porque, nestas, os desvios ao padrão habitual de conduta são punidos por uma reação hostil do grupo social, ao passo que, nas regras jurídicas, o desvio será punido por uma sanção oficial aplicada funcionários do Estado. Ou seja, as regras jurídicas contam com uma punição determinada e oficial que falta às regras não-jurídicas, nas quais – embora seja previsível uma reação hostil – não há uma sanção definida, muito menos oficialmente organizada.⁸

Essa linha de pensamento recebeu inúmeras críticas. Apesar de a previsibilidade da punição ser um aspecto importante para um sistema de direito, ela não é capaz de descrever completamente as regras sociais. As regras jurídicas

⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 13.

⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸ *Ibidem*, p. 15.

podem até conter previsões de castigos, mas não podem ser satisfatoriamente descritas nesses termos. Ao punir alguém por um desvio, o juiz não toma a regra como uma “afirmativa de previsibilidade da punição”, isto é, como um indicativo de que ele provavelmente puniria o desvio, mas considera que a regra é seu guia e a *violação* à regra, esta sim, é a razão justificadora da punição. A punição existe porque a regra foi violada, e não porque a regra previa que alguém provavelmente seria punido caso a infringisse. Para os defensores desta objeção, portanto, a regra social deve ser descrita como *guia* de conduta e *justificação* da punição, e não como simples previsão de sanção. O mesmo raciocínio se aplica às regras não-jurídicas: as reações negativas do grupo social ocorrem justamente porque houve a transgressão de uma conduta habitual, e não porque, de acordo com a regra social, era previsível que do desvio resultaria um castigo.⁹

Se a previsibilidade de punição não pode descrever as regras corretamente, então qual seria a diferença entre uma regra e um mero hábito de grupo? Alguns juristas, adeptos de um ceticismo extremo, sustentam que essa distinção é meramente ilusória e não encontra bases racionais. Para eles, o que distingue as regras de meros hábitos de grupo é um *sentimento* que leva as pessoas a se comportarem em harmonia com a regra e a repreenderem os que não o fazem. A distinção seria meramente fictícia: não há nenhum elemento palpável nas regras que obrigue as pessoas a agir de determinado modo, mas as pessoas *pensam* que existe algo que as vincula a certos comportamentos, guiando-as e justificando as suas ações.¹⁰

Outra linha de ceticismo propõe que os sistemas jurídicos não são totalmente ou mesmo *primariamente* constituídos por regras. Isso porque existem alguns casos no dia-a-dia dos tribunais que não podem ser resolvidos pelas regras jurídicas postas; e, para a posição cética, se as regras jurídicas não dão conta de todos os casos concretos que se apresentam, então elas não podem ser o fundamento de um sistema jurídico. Quando as regras jurídicas não são capazes de determinar uma solução à controvérsia, o juiz frequentemente terá de fazer uma escolha, seja entre os possíveis sentidos de uma expressão da lei, seja entre conflitantes interpretações

⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 16.

de um precedente. Isso nos leva a concluir que nem sempre a decisão do juiz será, de fato, ditada por uma regra jurídica.

Diante dessa discussão, podemos questionar se o direito é realmente um sistema formado por regras, já que o conceito de *regra* é tão controvertido quanto o próprio conceito de direito. Apresenta-se, então, a terceira e última questão recorrente proposta por Hart: *o que são regras, e em que medida é o direito uma questão de regras?*¹¹

O principal objetivo das especulações acerca da natureza do direito tem sido responder a essas três questões persistentes, na tentativa de alcançar uma possível definição do direito. Hart entende que nenhum tipo de definição, tal como se reconhece, pode responder satisfatoriamente à pergunta “*o que é o direito?*”. Contudo, ele admite a possibilidade de isolar e caracterizar um conjunto de elementos que formam uma parte comum da resposta a essas três questões. Não é, portanto, seu objetivo encontrar uma definição precisa do direito, mas antes “fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral [...]”¹²

1.2 A insuficiência do modelo de direito como ordens baseadas em ameaças proposto por John Austin

Hart parte da refutação do modelo austiniano de direito para propor sua teoria do sistema jurídico como união de regras primárias e secundárias. A teoria de Austin, no que interessa ao presente estudo, caracteriza-se por reduzir as regras de um sistema jurídico ao estatuto de ordens baseadas em ameaças, como no exemplo do assaltante armado.

O fator que distingue uma *ordem* de um pedido, de um aviso ou de uma imploração é justamente a presença de uma ameaça, ou seja, do conhecimento de que algo prejudicial ou desagradável sobrevirá caso não seja atendido o desejo expresso. O motivo por que se diz que o assaltante dá uma ordem à vítima, e não

¹¹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 18.

¹² *Ibidem*, p. 22.

formula um simples pedido, uma imploração ou um aviso é que, para assegurar o cumprimento de seu desejo, ele profere uma ameaça, restringindo o poder de escolha da vítima sobre a situação. Se a vítima atende ao desejo do assaltante, diz-se que ela foi *coagida* a tal, e que, portanto, estaria sob o poder da ameaça do assaltante. Hart utiliza as expressões “ordens baseadas em ameaças” e “ordens coercivas” para se referir ao tipo de ordem dada pelo assaltante, e “obediência” para aludir ao cumprimento dessas ordens.

Não há dúvidas de que uma situação como a descrita no exemplo do assaltante é simplória demais para reproduzir as características de um sistema de direito plausível. Para torná-la mais adequada a descrever um contexto em que existe o direito, Hart analisa quatro aspectos fundamentais adicionados por Austin ao modelo simples de ordens baseadas em ameaças.

O primeiro deles é um aspecto de *generalidade*. No caso do assaltante armado, percebemos que a ordem emitida se volta para um indivíduo em particular (a vítima), a quem o assaltante se dirige frente a frente. Esse tipo de situação, em que alguém dá uma ordem individualizada – por exemplo, um policial que ordena a certo motorista que pare o carro – pode ser bastante comum nos sistemas jurídicos, mas não serve como padrão de funcionamento do direito. Para que o propósito do direito seja alcançado, as ordens que o compõem devem ser *gerais* em dois sentidos: devem indicar um tipo *geral* de conduta e devem aplicar-se a uma categoria *geral* de pessoas. Somente quando essas diretivas gerais não forem obedecidas por um indivíduo particular é que terão lugar as ordens individualizadas, como as do assaltante; apenas neste caso, falhando as diretivas gerais, poderão os funcionários do Estado advertir esse indivíduo ou impor a ele uma sanção de forma individual. Daí a necessidade de se alterar a situação do assaltante para nela incluir o aspecto da generalidade, atribuindo o controle jurídico primariamente a diretivas *gerais* e afastando as diretivas individualizadas para uma posição secundária no direito.¹³

O segundo aspecto a ser acrescido ao modelo de ordens coercivas é um aspecto de *permanência* e *continuidade*. No caso do assaltante, este tem sobre a

¹³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 26.

vítima uma superioridade de carácter temporário, que perdura enquanto este puder mantê-la sob ameaça. Há entre eles uma relação coerciva de curta duração, que se esvai quando o assaltante atinge o seu objetivo. Ou seja, a ordem emitida não é permanente, e sim momentânea, desaparecendo com a ocasião. Essa superioridade de curta duração pode até ser suficiente para os fins do assaltante, mas o mesmo não sucede com o direito. As regras jurídicas devem ser dotadas de um carácter duradouro que pressupõe a continuidade da sua aplicação a uma categoria geral de pessoas, que devem obedecer à regra repetidamente ao longo do tempo. Por isso, é necessário acrescentar ao modelo do assaltante uma **crença geral e continuada**, por parte dos destinatários da lei, de que a desobediência sempre implicará a execução de uma ameaça.¹⁴

O terceiro aspecto a ser incluído no modelo de ordens coercivas é o *hábito geral de obediência*. Para que haja direito, devemos supor que a maioria das leis é mais frequentemente obedecida do que desobedecida por seus destinatários, seja qual for o motivo dessa obediência. Tal como Austin, Hart reconhece que esse hábito geral é uma noção imprecisa (quantas pessoas devem obedecer a quantas leis, durante quanto tempo, para que se caracterize um “hábito geral de obediência”?), mas que carrega um importante elemento distintivo do direito: o hábito geral de obediência às leis pressupõe uma superioridade duradoura do direito, que se opõe à obediência momentânea presente na ordem de um assaltante.¹⁵

O quarto e último aspecto se refere à pessoa que emite ordens no direito. Sabemos que, dentro de um mesmo sistema jurídico, pode haver várias pessoas que dão ordens oficiais e gerais baseadas em ameaças e recebem obediência habitual dos destinatários. Daí a necessidade, segundo Austin, de se identificar um *soberano* no sistema jurídico, uma pessoa (ou grupo de pessoas) que profere ordens e recebe obediência habitual, mas não obedece ele mesmo a ninguém. O soberano se diferenciaria dos chamados legisladores subordinados, pois, ao legislar, não obedece habitualmente a ninguém, ao passo que os legisladores subordinados sempre obedecem ao soberano, criando a lei dentro de parâmetros por ele

¹⁴ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 28.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

determinados. Para Austin, o fato de haver um ente legislador soberano e independente em relação a todos os demais é o que manteria a unidade do sistema jurídico.¹⁶

Em resumo, a regra jurídica na concepção austiniana é uma ordem geral proferida por um soberano, a qual, se não obedecida, ensejará uma sanção. O único critério utilizado para identificar as regras jurídicas em Austin é a proclamação pelo soberano – se a regra foi proferida pelo soberano, ou, tendo sido proferida pelos legisladores subordinados, foi *aceita* pelo soberano (expressa ou tacitamente), então essa regra é jurídica. Se a regra não foi proferida pelo soberano ou não foi por este aceita, então essa regra não faz parte do sistema jurídico.¹⁷

Mesmo após o acréscimo dos quatro aspectos fundamentais – generalidade, permanência e continuidade, obediência habitual e legislador soberano –, o modelo austiniano de ordens baseadas em ameaças ainda é insuficiente para descrever o fenômeno do direito, na ótica de Hart. Muitas das falhas desse modelo podem ser identificadas se analisarmos a *diversidade de leis* que compõem um sistema jurídico moderno. Com efeito, nem toda lei impõe a alguém que faça ou deixe de fazer algo (vejam-se, por exemplo, as leis que conferem poderes para celebrar contratos e casamentos); nem sempre o direito é legislado ou expressa um desejo de alguém (veja-se o caso dos costumes); nem sempre a lei será dirigida aos outros, eis que por vezes vincula os próprios legisladores, e assim por diante.

Hart contesta o modelo de ordens baseadas em ameaças sob três diferentes aspectos: o conteúdo, o campo de aplicação e o modo de origem das leis. Em todo sistema jurídico, para ele, haverá regras jurídicas que parecem contrariar o modelo de ordens gerais coercivas em pelo menos um desses três aspectos.

Quanto ao *conteúdo*, as leis de direito penal são as que mais se aproximam do modelo de ordens baseadas em ameaças. O direito criminal (e, com alguma ressalva, o direito da responsabilidade civil) impõe deveres jurídicos de praticar ou abster-se de praticar certas condutas, independentemente da vontade do

¹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 108.

¹⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 29-30.

destinatário, sendo que a violação a esses deveres jurídicos importará numa sanção, à semelhança do que propõe a teoria de Austin. A desobediência à lei penal implica uma consequência negativa – o castigo ou sanção – cujo objetivo é motivar a abstenção de certas condutas prescritas pelo direito como indesejáveis ou criminosas. Percebe-se, assim, pelo menos à primeira vista, uma forte identificação entre as leis penais e o modelo de ordens gerais baseadas em ameaças.¹⁸

Todavia, existem algumas leis que não podem, de modo algum, ser explicadas por meio desse modelo. Estamos falando de leis que, em vez de impor deveres e obrigações, conferem aos indivíduos *poderes jurídicos* para criar estruturas de direitos e deveres por meio de certos procedimentos e condições. É o caso das leis que permitem celebrar contratos e casamentos, elaborar testamentos, etc., as quais possuem uma função bem diferente das leis penais – enquanto estas *impõem* um dever jurídico que ou será obedecido ou desobedecido, sujeitando o destinatário a uma sanção, as leis que conferem poderes *facultam* aos destinatários o uso de instrumentos para a realização de seus desejos, permitindo-lhes criar certas relações jurídicas por si próprios, se assim quiserem.¹⁹

Aí reside a maior diferença entre esses dois tipos de leis: nas que conferem poderes, não há a imposição de um dever jurídico propriamente dito, como sucede com a lei penal; não há uma *ordem* geral a ser seguida, e, então, não é possível falar em obediência e desobediência. Podemos utilizar os poderes conferidos pela regra ou não, sem que isso configure obediência ou desobediência. E, mesmo quando decidimos fazer uso de tais poderes, não haverá “violação” da lei caso deixemos de observar algum procedimento, requisito ou condição estabelecidos como essenciais para o exercício do poder. Se, por exemplo, alguém elaborar um testamento sem observar a disposição legal que exige um número mínimo de testemunhas, não incorrerá em infração ou violação de qualquer dever jurídico; a consequência desse ato será, tão somente, a nulidade do testamento elaborado. No âmbito das leis que conferem poderes não se fala em delito, mas sim em *nulidade* ou *invalidade* do ato jurídico praticado.

¹⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 34.

¹⁹ *Ibidem*, p. 35.

As regras que conferem poderes podem também assumir natureza pública, quando se voltam para o exercício e o funcionamento dos poderes estatais. É o que ocorre com as leis que conferem ao juiz o poder de julgar, delimitando sua jurisdição, ou atribuem poderes legislativos a uma autoridade. Em tais casos, parece claro que não há uma *ordem* a estabelecer deveres jurídicos aos destinatários. A função da regra não é obrigar o juiz ou o legislador a fazer ou não fazer algo, impondo-lhes obediência, mas sim conferir-lhes um poder e definir as condições e limites para o seu exercício. Nesse sentido, não se pode dizer que a inobservância da regra constituirá desobediência ou infração à lei. É claro que podem existir regras que impõem deveres ao juiz e ao legislador – tais regras existem, mas não se confundem com as regras que conferem poderes. A regra que proíbe o juiz de julgar um caso em que tenha interesse econômico, por exemplo, claramente lhe impõe um *dever jurídico* de abstenção, mas pressupõe a existência de outra regra, à qual será acrescida: a que confere ao juiz o poder de julgar.²⁰

Dentro da variedade de leis que conferem poderes, há ainda inúmeras outras regras, complementares e subjacentes àquelas que atribuem um poder de forma direta. A título de exemplo, por trás de uma lei que faculta o poder de celebrar um contrato, existem outras leis que dispõem sobre a capacidade das pessoas, a qualificação mínima necessária, a forma pela qual será celebrado e executado o contrato, etc. O mesmo se dá com as leis que atribuem poderes para julgar e legislar, que estão ligadas a outras regras que estabelecem, por exemplo, o modo como se dá a designação dos juízes e membros do corpo legislativo, qual o procedimento a ser observado nos tribunais, as matérias sobre as quais se pode legislar, etc.

Essa análise preliminar já nos liberta da falsa ideia de que todas as leis de um sistema jurídico podem ser resumidas a um tipo único simples, tal qual o modelo de

²⁰ Há, contudo, uma pequena ressalva a se fazer quanto às regras de natureza pública. Nas regras privadas que conferem poderes aos particulares, a não conformação com a regra resulta na nulidade do ato praticado, que não produzirá qualquer efeito jurídico. O mesmo não ocorre com as regras que conferem poderes judiciais, pelo menos não de imediato. É que os atos provenientes do exercício de poderes de natureza pública possuem autoridade jurídica enquanto não forem invalidados. Assim, se um juiz profere decisão com excesso de jurisdição (contrariando a lei que lhe conferiu o poder de julgar), essa decisão será válida e produzirá efeitos jurídicos sobre as partes, estando, contudo, sujeita a posterior anulação pelo tribunal. No caso das leis que conferem poderes legislativos, a consequência da não conformação com essas regras poderá ser a nulidade do ato ou, como no caso da decisão judicial, a possibilidade de sua anulação (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 38).

ordens baseadas em ameaças. Para reforçar ainda mais essa questão, Hart afasta dois argumentos defendidos por grandes juristas, que sustentam que tanto as leis que impõem deveres quanto aquelas que conferem poderes são compatíveis com o modelo de ordens baseadas em ameaças, sendo “superficial, se não mesmo irreal”²¹ a distinção entre as variedades de regras que acabamos de traçar.

O primeiro argumento em favor dessa tese sustenta que a nulidade do ato jurídico, resultante da falta de uma condição essencial ao exercício de um poder, é equiparável à *sanção* cominada pelas leis que impõem deveres. Desse modo, a nulidade de um testamento em razão da falta das testemunhas exigidas em lei seria análoga à pena imposta pelas leis criminais. A possibilidade de um ato jurídico ser declarado nulo corresponderia a uma espécie de *ameaça* cujo escopo é – como ocorre no direito criminal – estimular os destinatários a cumprir as disposições da lei.

Para Hart, a tentativa de expandir o significado de *sanção* para nele incluir a noção de nulidade é um tremendo equívoco, por uma razão simples: nem sempre a nulidade será um “mal” para a pessoa afetada, como ocorre com as penas do direito criminal. Realmente, se um contrato é declarado nulo por falta de uma condição exigida em lei, os contratantes – embora possam experimentar um sentimento de frustração – poderão não reconhecer na nulidade um *mal* ou *sanção*.

Uma objeção mais importante consiste em que, nas leis penais, ao contrário das leis que conferem poderes, é possível identificar dois elementos independentes: uma *conduta* que a regra proíbe e uma *sanção* destinada a desencorajar essa conduta. Não é possível visualizar esses elementos nas leis que conferem poderes, uma vez que nelas não existe uma conduta “reprovável” que a regra procura desestimular por meio da ameaça de um mal. Tanto é assim que essas leis limitam-se a retirar o reconhecimento jurídico dos atos desconformes, em vez de efetivamente impor um “mal” ao destinatário. A título de exemplo, se uma proposta de lei não atinge a maioria exigida para a aprovação – e, portanto, não adquire estatuto de lei –, não se pode afirmar que essa consequência constitui uma “*sanção*”

²¹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 40.

para os legisladores; pode-se afirmar, tão somente, que a proposta deixou de gerar os efeitos jurídicos esperados.²²

“Uma sanção supõe que a conduta à qual se imputa é indesejável e merece ser desestimulada. Mas é claro que o direito não pretende desestimular, nem suprimir, nem considerar indesejável, por exemplo, as condutas de fazer testamento sem testemunhas ou fazer uma compra e venda sem escritura pública. Apenas não reconhece seus efeitos jurídicos. O absurdo dessa tese é demonstrado tomando o exemplo das regras de um jogo, como o de futebol, destinadas a estabelecer as condições para obter um tento (um gol, no exemplo). Sem dúvida, essas regras não são destinadas a desestimular e considerar como indesejáveis todas as jogadas que não têm como resultado obter um gol.”²³

Some-se a isso o fato de que, no caso das leis que conferem poderes, os dois elementos – *conduta e nulidade* – são indissociáveis, de modo que não se pode retirar a consequência (nulidade) sem distorcer a própria regra que exige certas condições para o exercício de um poder. Em outras palavras, a imposição de condições depende da nulidade; se a falta de uma condição não implicasse a nulidade do ato, perderia o sentido a própria regra que estabelece condições para o exercício de um poder. Situação diferente ocorre no direito criminal, no qual, para Hart, é perfeitamente possível eliminar a sanção sem que se prejudique o sentido da regra principal que proíbe certo comportamento indesejável. Isto é, as leis penais existem e são compreensíveis mesmo na ausência de qualquer ameaça, o que não ocorre com as leis que conferem poderes.²⁴

O segundo argumento repellido por Hart trilha um caminho diferente. Em vez de tentar enquadrar as regras que conferem poderes no modelo de ordens gerais coercivas, *nega-lhes o estatuto de lei*, ao afirmar que constituem meros “fragmentos incompletos das regras coercivas”²⁵ – as quais seriam as únicas regras jurídicas genuínas.

Este argumento possui duas vertentes: uma extrema e uma mais branda. Para a vertente mais extrema, proposta por Hans Kelsen, até mesmo as leis penais não são consideradas leis genuínas, pois “*a lei é a norma primária que estipula a*

²² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 42.

²³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 104-105.

²⁴ HART, op. cit., p. 43.

²⁵ *Ibidem*, p. 43.

sanção.”²⁶ Sob a ótica de Kelsen, não há uma lei que proíba certo tipo de conduta; o que há é uma lei que determina aos funcionários da justiça que apliquem uma sanção dentro de certas condições. A norma verdadeira não prescreve a ilicitude de um comportamento, mas sim uma *sanção* a ser aplicada quando da ocorrência de uma condição – que é a conduta humana qualificada como ilícita. Desse modo, Kelsen inverte a tradicional separação das normas, considerando *primárias* aquelas que estipulam a sanção e *secundárias* as que prescrevem um comportamento aos cidadãos.²⁷ Apenas essas normas primárias, juízos hipotéticos que estatuem sanções, seriam normas jurídicas genuínas; por sua vez, as normas secundárias seriam meros *fragmentos* das normas primárias, nas quais estariam contidas.

Nesse sentido, as leis genuínas seriam apenas aquelas que dizem aos servidores da justiça: *se a conduta X ocorrer, aplique-se a sanção Y*. Todas as demais regras jurídicas, incluindo as que conferem poderes, seriam meros antecedentes ou cláusulas condicionantes de uma lei que estipula uma sanção. A regra que exige certo número de testemunhas para a outorga do testamento, por exemplo, é tida apenas como um fragmento condicional de uma lei coerciva (esta sim, genuína) dirigida ao tribunal, ordenando, por exemplo, que aplique uma sanção ao executor testamentário que se recuse a pagar os legados, violando disposição de testamento válido. Essa lei coerciva genuína poderia apresentar-se da seguinte maneira: *se houver um testamento devidamente outorgado perante X testemunhas e se o executor testamentário se recusar a pagar os legados, então deve ser-lhe aplicada a sanção Y*.²⁸

Em suma, todas as regras que não imputam sanções são reduzidas a meras *condições* gerais a serem satisfeitas para que se possa aplicar uma sanção. Essas condições não são leis completas, mas simples antecedentes comuns a um vasto número de leis genuínas que ordenam aos tribunais que apliquem sanções. Nota-se que, segundo esta vertente extremista, o direito deixa de ser um conjunto de ordens baseadas em ameaças que devem ser executadas em caso de desobediência e assume a forma de *ordens dirigidas a funcionários para aplicarem sanções*. Logo, no dizer de Hart, “não é necessário que uma sanção esteja prescrita para a *violação* de

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 87.

²⁷ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 164.

²⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 44.

cada lei; é tão só necessário que toda a lei *genuína* dirija a aplicação de uma qualquer sanção”.²⁹

Disso decorre que, para esta vertente, a norma jurídica não se dirige primariamente aos cidadãos comuns, mas sim aos juízes e tribunais: por ser definida como imputação de uma sanção, a lei deixa de ser um guia de conduta dos cidadãos e passa a se destinar diretamente aos funcionários, ordenando que apliquem sanções dentro de certas condições. Desse modo, somente os funcionários da justiça – destinatários da norma jurídica – seriam capazes de agir contra a lei, ao deixar de aplicar a sanção devida. O cidadão comum não obedece ou desobedece à lei, mas apenas à norma secundária (da qual é destinatário).³⁰

A segunda vertente deste argumento é mais branda, pois preserva a ideia original do direito como ordens baseadas em ameaças que se dirigem, primeiramente, à conduta dos cidadãos comuns (e não aos funcionários). As leis penais são, deste ponto de vista, leis completas e genuínas, ao passo que as leis que conferem poderes seriam meros fragmentos de outras leis (estas sim, completas), à semelhança da vertente de Kelsen. A diferença desta versão abrandada reside em que, aqui, as regras que conferem poderes são tidas como fragmentos (antecedentes ou cláusulas condicionantes) das *regras baseadas em ameaças* dirigidas aos cidadãos, e não (como na teoria mais extrema) fragmentos de regras direcionadas aos funcionários para aplicarem sanções.³¹

Hart critica as duas versões do argumento, alegando não ser possível reduzir duas variedades tão distintas de regras jurídicas a um tipo único que tem como ponto central a sanção, em especial porque, segundo ele afirma, é perfeitamente possível existir uma *lei sem sanções*.³² A tentativa de uniformizar o direito, reduzindo todos os tipos de leis a um padrão único, tem um preço alto, que é a distorção das funções sociais inerentes a cada tipo de regra.

Ao eleger a sanção como elemento caracterizador de uma lei genuína, direcionando as normas para os funcionários da justiça, a vertente kelseniana

²⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 45.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 87.

³¹ HART, op. cit., p. 46.

³² *Ibidem*, p. 46.

renega a função primordial do direito criminal, que é a de promover o controle social por meio da designação de padrões de comportamento. Para Hart, a função primária da lei não é a imposição de sanções, e sim a fixação de padrões orientadores da conduta dos cidadãos, os quais devem ser compreendidos e aceitos sem qualquer intervenção de funcionários do Estado. As normas jurídicas devem, portanto, ser destinadas primariamente aos cidadãos. Somente quando violado o comportamento-padrão imposto pela lei, *falhando* a função primária, é que caberia aos funcionários do Estado identificar o fato e aplicar uma sanção.³³

A definição das regras jurídicas enquanto diretivas aos funcionários para aplicarem sanções opera uma inversão das funções principal e secundária das leis, encobrando o papel de controle social do direito e ignorando o fato de que as regras devem ser *levadas a sério enquanto padrões de comportamento*.³⁴ Nesse sentido é a crítica formulada por Carlos Santiago Nino ao tratar da concepção kelseniana das normas jurídicas:

“Isso [*destinar as leis aos servidores da justiça*] implica desconhecer a função do direito de motivar a conduta dos cidadãos. Supõe, além disso, considerar o ordenamento jurídico apenas do ponto de vista do homem mau, do homem que já infringiu seu dever e precisa ser punido, em vez de pôr no centro o homem que quer cumprir seu dever e adota o direito como guia.”³⁵

No que concerne à vertente mais branda da teoria, Hart afirma que, não obstante mantenha intocadas as leis penais (pois as considera genuínas), pretere as regras que conferem poderes, equiparando-as a um elemento meramente secundário do direito. Ocorre que, para serem compreendidas, as regras que conferem poderes devem ser vistas não sob o ponto de vista das pessoas a quem são impostos deveres, mas do ponto de vista daqueles que *exercem* os poderes – ou seja, os cidadãos particulares, que se tornam uma espécie de “legisladores privados” competentes para determinar o curso da lei dentro de suas esferas de poder.³⁶ Ora, por que razão tais regras que conferem tamanho poder e exercem tão importante papel na sociedade deveriam ser reduzidas ao estatuto de meras *condicionantes* das regras que impõem deveres? É irrefutável a diferença de

³³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 47.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 104.

³⁶ HART, op. cit., p. 49-50.

natureza entre esses dois tipos de leis. São variedades de regras jurídicas distintas, criadas e utilizadas pela sociedade de formas diferentes, não cabendo equipará-las ou concebê-las uma em função da outra.

Finda a análise acerca do *conteúdo* das regras como objeção ao modelo de ordens baseadas em ameaças, Hart passa a apreciar o segundo aspecto de objeções - o *âmbito de aplicação* das leis.

A concepção austiniana fornece uma visão verticalizada do direito, pois as ordens baseadas em ameaças expressam essencialmente um desejo de que *outros* façam ou deixem de fazer algo. As leis segundo esse modelo são, portanto, dirigidas unicamente a outras pessoas, não alcançando os legisladores que as produziram. Por certo que a legislação pode assumir essa característica em algumas situações (por exemplo, no caso de um monarca absoluto que não se sujeita às leis que produz; ou, num sistema democrático, quando uma lei se aplica a um grupo específico de pessoas que não inclui aqueles que a criaram), mas, em geral, nos sistemas jurídicos modernos, as leis possuem *força auto-vinculativa*, aplicando-se não só aos outros, mas também aos seus próprios criadores.

Essa é outra falha do modelo de ordens coercivas, pois a noção de um soberano que dá ordens aos outros mas não obedece habitualmente a ninguém vai de encontro à realidade dos sistemas jurídicos modernos, nos quais o legislador frequentemente é alcançado pelas leis que ele próprio produz. O âmbito de aplicação das leis é apenas uma questão de interpretação, pois não existe nada nas leis que seja *essencialmente dirigido a outros*.³⁷

Por fim, passa-se à análise da terceira objeção ao modelo de ordens coercivas: os *modos de origem* das leis. Todas as variedades de regras até aqui abordadas têm em comum a presença de um ato deliberado e consciente de criação jurídica, tal como o procedimento seguido pelos legisladores para a produção de uma lei ou o uso consciente das palavras por uma pessoa que dá uma ordem a outra. Pelo modelo de ordens baseadas em ameaças, todas as formas de direito se

³⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 50-52.

originam por esse modo comum, devendo seu estatuto jurídico a um ato *explícito* de criação jurídica deliberada.³⁸

Entretanto, existe uma forma de direito – o *costume* – que parece colidir frontalmente com essa afirmativa, pois é gerado de modo espontâneo, não devendo seu estatuto jurídico a qualquer ato consciente de criação. Isso nos conduz a dois questionamentos: em que medida o costume é direito? E, se o costume é direito, como se dá o seu reconhecimento jurídico? Evidentemente há muitos costumes na sociedade que não fazem parte do direito, e a não-obediência a esses costumes não implica a violação de uma regra jurídica. Mas, então, como se determina se um costume é ou não dotado de estatuto jurídico?

Segundo o modelo de ordens coercivas, um costume só se torna jurídico quando um tribunal o aplica a um litígio particular. Quando isso ocorre, o legislador soberano estaria ordenando tacitamente a obediência àquele costume nos termos da decisão do juiz. Antes disso, a regra consuetudinária não teria estatuto jurídico. Nesse sentido, o reconhecimento de um costume como jurídico se aproxima do ato deliberado de legislar (por ser uma ordem indireta do soberano) ou então de um ato discricionário do juiz, que pode decidir, com base em critérios de razoabilidade, aceitar ou rejeitar um costume como direito.

Hart critica essa doutrina de reconhecimento jurídico por dois motivos. Primeiramente, porque não é possível afirmar, com certeza, que o costume não tem estatuto jurídico até que um tribunal o aplique como direito. Isto pode ser verdade em alguns sistemas jurídicos, mas não é regra incontestável, porque é possível que os tribunais não possuam o poder discricionário de determinar se um costume é direito ou não. A segunda crítica consiste em que nem sempre a não-interferência do soberano na decisão judicial implica sua aceitação tácita do costume. Para afirmar que o soberano expressou a sua vontade de ver um costume reconhecido como direito, deve-se pressupor que ele conheceu, ponderou e decidiu sobre o assunto, o que raramente acontece nos Estados modernos. Em outros termos, a abstenção do poder legislativo em retirar o estatuto jurídico de um costume não significa,

³⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 53.

obrigatoriamente, que o desejo do legislador é ver tal costume reconhecido como direito.³⁹

Todas essas objeções demonstram que o modelo de ordens coercivas proposto por Austin é incapaz de explicar o fenômeno do direito. Ao analisarmos o conteúdo, o campo de aplicação e o modo de origem das leis, percebemos que esse modelo é incompleto, deixando inexplicados alguns aspectos fundamentais dos sistemas jurídicos modernos. Hart partirá dessa análise para formular a sua própria concepção de direito – o *direito como união de regras primárias e secundárias* –, que é a mais influente versão contemporânea do positivismo.

1.3 O direito como união de regras primárias e secundárias

No tópico anterior se demonstrou que o modelo de ordens baseadas em ameaças é insuficiente para reproduzir alguns aspectos essenciais do direito. Esse modelo falha em três pontos principais: em primeiro lugar, porque existem variedades de leis – sobretudo as que conferem poderes jurídicos – que não podem ser concebidas como ordens baseadas em ameaças; em segundo lugar, porque nem sempre as leis serão dirigidas exclusivamente aos outros, eis que por vezes alcançam, também, seus próprios criadores; em terceiro, porque há regras jurídicas – nomeadamente as consuetudinárias – que não se originam por atos deliberados de criação jurídica, como sucede com as leis e as ordens.

Em face disso, Hart propõe um recomeço, introduzindo uma nova perspectiva de direito que constitui o alicerce de sua teoria: o direito como um sistema integrado por *regras primárias e regras secundárias*. Essa nova proposta combina os dois tipos de regras que já exploramos no tópico anterior: as regras que impõem deveres (primárias) e as regras que conferem poderes (secundárias). Hart não pretende, com este modelo, propor uma uniformização do direito, no sentido de que todos os sistemas jurídicos possam ser explicados por uma combinação de regras primárias e secundárias; o que ele almeja é que a maior parte das questões persistentes, que têm provocado tentativas de definição do direito, possa ser mais bem esclarecida por meio desse modelo.

³⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 55-56.

Hart toma como ponto de partida o mesmo fato que deu origem ao modelo de direito como ordens baseadas em ameaças: o fato de que, se existe o direito, algumas condutas humanas tornam-se *obrigatórias* ou não-facultativas. Há, entretanto, uma importante correção a se fazer neste ponto inicial, se quisermos evitar os erros daquela teoria. Antes de partir para uma abordagem sobre o conceito de direito, é preciso analisar o que se entende por *obrigação jurídica*.

1.3.1 A ideia de obrigação jurídica

Sob a ótica de Austin, a noção de obrigação jurídica pode ser ilustrada pela situação do assaltante armado que ordena à vítima que lhe entregue o dinheiro sob a ameaça de matá-la. Nessa conjuntura, o assaltante seria o soberano que é habitualmente obedecido e a vítima, ao atender à sua ordem, entregando o dinheiro, teria lhe prestado obediência e cumprido uma *obrigação* ou um dever em geral. Deve-se, porém, observar com cautela os sentidos dessa obrigação. No exemplo do assaltante armado, podemos certamente afirmar que a vítima, ao entregar o dinheiro, **foi obrigada** a obedecer a uma ordem. Mas não podemos afirmar, sem incorrer em erro, que a vítima **tinha a obrigação** ou o dever de fazê-lo. Existe uma diferença crucial entre a afirmativa de que alguém foi obrigado a algo ou que tinha a obrigação de fazer algo.⁴⁰

A primeira asserção – de que alguém *foi obrigado* a fazer algo – é frequentemente relacionada aos motivos e crenças subjetivos que levam uma pessoa a realizar uma ação. No exemplo do assaltante, a vítima apenas entregou o dinheiro porque acreditou que alguma consequência indesejável sobreviria caso não o fizesse. Não fosse a ameaça de um mal (no caso, o disparo da arma), a vítima dificilmente cumpriria a ordem que lhe foi dada. Coisa diversa se passa com a asserção de que alguém *tinha a obrigação* de fazer algo. As crenças e receios do destinatário, embora suficientes para afirmar que ele foi obrigado a fazer algo, não se prestam a justificar a afirmação de que ele tinha tal obrigação.

Austin interpreta a obrigação jurídica em termos da “*possibilidade* ou *probabilidade* de que uma pessoa que tenha a obrigação venha a sofrer um castigo

⁴⁰ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 92.

ou mal às mãos de outros, na hipótese de desobediência.”⁴¹ Ou seja, para ele, a obrigação jurídica se funda na promessa de um mal provável, na *predição* de um castigo em caso de descumprimento. Nesse sentido, uma pessoa cumpriria a obrigação jurídica não porque concorda com a regra ou a aceita, mas porque teme que lhe seja aplicada uma sanção.

Essa não é a melhor interpretação de obrigação jurídica, na ótica de Hart. Primeiramente, porque a obrigação de fazer algo existe independentemente de qualquer motivo subjetivo do destinatário, e por isso, o cumprimento da obrigação não pode depender do medo de uma punição. Além disso, o fato de alguém ter uma obrigação não implica que essa pessoa venha efetivamente a cumpri-la. A título de exemplo, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de prestar o serviço militar é verdadeira, ainda que essa pessoa não se apresente para o serviço, pois acredita que nenhum mal lhe sobrevirá.⁴²

Outra objeção à interpretação de Austin é a mesma utilizada para se opor à descrição da regra jurídica em termos de previsibilidade: ao se interpretar a obrigação enquanto predição de um castigo, deixa-se de lado o fato de que a obrigação (tal como a regra) não é um simples fundamento para a estipulação de sanções; a obrigação é o guia, e o desvio à obrigação, este sim, é a razão e a justificação para o castigo. A punição é imposta porque a obrigação não foi cumprida, e não porque a afirmação de obrigação *previa* que alguém seria punido em caso de desobediência.

Por outro lado, nem sempre a pessoa que descumprir uma obrigação será efetivamente punida pelo desvio, o que compromete ainda mais a tese de Austin. É possível, por exemplo, que uma pessoa que tenha a obrigação de se apresentar ao serviço militar nunca o faça, e, por motivos quaisquer, nunca seja descoberta e submetida à respectiva punição.⁴³ Como a obrigação é (segundo Austin) fundada na possibilidade de punição, se não houver qualquer chance de que a punição ocorra, então também não haverá obrigação jurídica. A tese de Austin é falha porque, em casos concretos, a obrigação jurídica poderia ser afastada se o destinatário

⁴¹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 93-94.

⁴² *Ibidem*, p. 93.

⁴³ *Ibidem*, p. 94-95.

repelisse todas as chances de ocorrência da sanção.

De todo modo, não se consegue visualizar no caso do assaltante armado a ideia de obrigação, mas tão somente a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo. Para compreender a ideia geral de obrigação, devemos partir da análise de uma situação social diferente, que inclui a existência de **regras sociais** – o que não ocorre no caso do assaltante. As regras sociais (aquelas que transformam certos comportamentos em padrões) são importantes para compreender a ideia de obrigação porque compõem a base sobre a qual são feitas as afirmações de que alguém tem a obrigação de fazer algo. Segundo Hart, toda obrigação pressupõe uma regra, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem sempre uma regra exigirá um padrão de conduta que pode ser concebido em termos de obrigação.⁴⁴

Como saber, então, se uma regra é ou não concebida em termos de impor obrigações? O fator determinante para responder a essa pergunta é a relevância ou a seriedade da *pressão social* que envolve a regra. Se a pressão social exercida sobre aqueles que se desviam (ou ameaçam desviar-se) da regra for relevante, então essa regra impõe uma obrigação. Daí que as regras essenciais, necessárias à manutenção da vida social (por exemplo, a regra que proíbe o livre uso da violência), sejam naturalmente pensadas em termos de obrigação ou dever, pois estão envoltas por uma forte pressão social. Pouco importa, para fins de avaliar a existência da obrigação, se a regra tem origem consuetudinária, ou se há ou não um sistema organizado de aplicação de sanções: a pressão social de que falamos pode ser apenas uma reação hostil do grupo social, uma crítica difusa e geral, uma manifestação verbal de desaprovação, etc. O que importa é que essa pressão social seja *séria* o suficiente para criar uma noção de obrigação.

Entretanto, não se pode cair no erro de afirmar que a obrigação consiste num sentimento de pressão ou compulsão dos destinatários das regras. O fato de as regras de obrigação dependerem de uma pressão social séria não acarreta que os obrigados tenham de experimentar esses sentimentos de pressão, pois “*sentir-se* obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, embora frequentemente

⁴⁴ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 95.

concomitantes”.⁴⁵ Por tal motivo não há, para Hart, contradição em dizer que um caloteiro contumaz *tinha a obrigação* de pagar o aluguel, mas não *sentiu* qualquer pressão em pagar, quando fugiu sem fazê-lo. Neste ponto reside mais uma falha da teoria de ordens baseadas em ameaças proposta por Austin, que servirá como argumento final para afastá-la.

É que, segundo Hart, ao definir a obrigação em termos da previsibilidade de um castigo, a teoria de ordens baseadas em ameaças suprime o *aspecto interno* das regras sociais, refletindo-as tão somente de um ponto de vista *externo*. Voltemos ao exemplo do assaltante para melhor compreender essa afirmação: ao obedecer à ordem do assaltante, entregando-lhe o dinheiro, a vítima foi coagida em razão da ameaça de um mal que provavelmente seria executado em caso de desobediência. Isso não significa que a vítima concorda com a conduta realizada ou acredita que a ordem do assaltante é legítima; significa, apenas, que ela foi levada a obedecer para evitar uma consequência indesejável. No modelo de Austin, os membros do grupo social obedecem às regras porque, caso não o façam, sofrerão um mal. Não há qualquer outro motivo necessário por trás da obediência senão o temor da sanção. Esse é o efeito de se definir a obrigação jurídica em termos da previsibilidade de uma sanção.

Ocorre que essa teoria reflete a obrigatoriedade do direito apenas de um ponto de vista externo, isto é, do ponto de vista de alguém que não está submetido às regras do sistema jurídico. Segundo Hart, o ponto de vista externo é a perspectiva de um mero observador do direito, alheio ao grupo social, que não se submete às suas regras, limitando-se a analisar de longe os comportamentos observáveis na sociedade. Por meio da observação de comportamentos, esse expectador externo poderia descobrir quais são as regras jurídicas vigentes no grupo social, por meio de uma pesquisa simples: anotando as regularidades de comportamento e as reações hostis observadas, ele se tornaria capaz de prever o que o grupo social aceita como padrão de conduta.⁴⁶

Hart sustenta que o ponto de vista externo não é suficiente para explicar as noções de norma e de obrigação jurídica. O observador externo é incapaz de

⁴⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 98.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 98-99.

compreender a dimensão social da vida dos membros da comunidade, uma vez que estes se *sentem* obrigados a comportar-se de certa maneira, enquanto o observador, ao rejeitar as regras da sociedade, as encara como meros *sinais* de que as pessoas se comportarão de determinado modo ou de que uma reação hostil se seguirá a um desvio. O observador externo não compartilha do ponto de vista *interno* das normas, que é aquele vivenciado pelos membros do grupo social, que aceitam as regras como guias de conduta e cooperam voluntariamente para a sua manutenção. Do ponto de vista interno, os membros do grupo cumprem suas obrigações porque *aceitam* as regras como guias de comportamento, e não apenas porque temem que lhes seja aplicada uma sanção. Os dois pontos de vista se diferenciam, assim, pela atitude adotada diante da regra social. A maior parte dos membros da sociedade enxerga as regras sob o ponto de vista interno, tomando-as como guia e entendendo a violação como justificativa da punição.

Um exemplo citado por Hart é o do semáforo numa rua movimentada. Após observar o trânsito por algum tempo, o observador externo poderia concluir que a luz vermelha do semáforo é um indicativo de que provavelmente os motoristas irão parar. Do ponto de vista externo, o observador enxerga apenas uma série de fatos, probabilidades e sinais que indicam que os membros do grupo se comportarão de certo modo. De outro lado, os motoristas, a partir do ponto de vista interno, veem na luz vermelha uma orientação para a vida em sociedade, e assim, *sentem-se* obrigados a parar:

“Ele [o observador externo] trata a luz apenas como um sinal natural de que as pessoas se comportarão de certa maneira, assim como as nuvens são um sinal de que choverá. Agindo assim, ele omitirá toda uma dimensão da vida social daqueles a quem observa, já que, para estes, a luz vermelha não é apenas um sinal de que os outros irão parar: eles a veem como um *sinal para que* eles próprios parem e, portanto, como uma razão para parar, conformando-se assim às normas que tornam a parada quando o farol está vermelho um padrão de comportamento e uma obrigação.”⁴⁷

O comportamento do observador externo não pode, então, ser referido em termos de regras e obrigações, mas tão somente em termos de predições, probabilidades, sinais e regularidades observáveis que indicam que ocorrerá um determinado comportamento ou uma respectiva sanção. E aí falha, novamente, o modelo de direito como ordens coercivas: ao definir a obrigação em função da

⁴⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 116.

probabilidade de um castigo, esse modelo reflete tão somente o aspecto externo das normas, suprimindo o importante ponto de vista interno, que independe da noção de punição.

Caso o direito fosse descrito como um sistema de ordens coercivas, em nada se diferenciaria a ordem de uma autoridade estatal legítima da ordem de um assaltante. Nos dois casos há uma ordem que, se não cumprida, ensejará uma punição, e isso basta para definir uma obrigação do ponto de vista externo. Tanto na ordem da autoridade como na ordem do assaltante haveria, portanto, uma *obrigação* – o que é inadmissível, pois contraria toda a noção de autoridade que permeia as ordens estatais legítimas.

“[...] o estudioso estatístico, em uma análise, poderia chegar à conclusão de que é muito provável que um cidadão dirigindo um automóvel pararia o seu veículo tanto quando ordenado por uma autoridade policial como quando ordenado por uma quadrilha de assaltantes fortemente armados, concluindo, falsamente, que tanto uma conduta (parar para a autoridade estatal) como outra (parar para os criminosos que usam a força) resultam de obrigações fundadas na promessa de uma sanção para o descumprimento. O expectador externo concluiria que há a obrigação de parar o carro quando ordenado por um assaltante, já que as pessoas frequentemente obedecem a este comando e, nos raros casos de desobediência, sempre se cumpre o mal prometido pelo descumprimento da ordem.”⁴⁸

Não pode a obrigação jurídica, portanto, ser analisada apenas sob o ponto de vista externo; do mesmo modo, não pode ser definida em termos da previsibilidade de uma sanção. A noção de obrigação jurídica será explicada por Hart em consonância com a sua teoria de direito como união de regras primárias e secundárias, a partir de uma regra que ele denomina *regra de reconhecimento*, que será analisada nos tópicos subsequentes.

1.3.2 Regras primárias e secundárias

Finda a análise sobre a ideia de obrigação jurídica e afastadas definitivamente as pretensões da teoria da previsibilidade, Hart passa a expor os elementos que compõem a sua teoria de direito como união de regras primárias e secundárias.

⁴⁸ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 13-14.

Entende-se por **regras primárias de obrigação** aquelas cuja função é determinar o que os indivíduos devem ou não fazer, impondo-lhes obrigações e concedendo-lhes direitos, de forma a criar padrões de conduta. As regras de direito penal que nos proíbem de matar e roubar são bons exemplos de regras primárias. Por sua vez, as **regras secundárias** são aquelas que, em vez de estipular deveres, conferem poderes relacionados à identificação, à alteração e à aplicação das regras primárias.⁴⁹

Para compreender a necessidade de se ter regras secundárias, Hart nos convida a imaginar um sistema formado unicamente por regras primárias: uma comunidade simples, sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie, em que o único meio de controle social é a *pressão* exercida pelos membros da sociedade sobre aqueles que se desviam (ou ameaçam desviar-se) dos padrões de comportamento ditados pelas regras. Por não haver qualquer tipo de poder legislativo, todas as regras primárias dessa comunidade simples seriam oriundas dos costumes.⁵⁰

Para que essa sociedade funcione, deve-se pressupor que as regras primárias sejam aceitas pela maioria do grupo social, isto é, devem ser mais frequentemente obedecidas do que desobedecidas, de modo a criar uma pressão social suficiente para induzir a obediência.⁵¹ A autoridade das regras primárias nesse sistema simples decorre unicamente da aceitação pelo grupo social, que, a partir do ponto de vista interno, acolhe a norma como obrigação e passa a adotá-la e aplicá-la como padrão orientador de comportamento. Como não existe poder legislativo, nem tribunais ou funcionários de qualquer tipo, não há nada que caracterize as regras primárias como regras *oficiais* da comunidade; há apenas a aceitação dessas regras como obrigatórias pela maioria do grupo social.

Hart entende que uma sociedade como a descrita, composta apenas de regras primárias, carece de um sistema jurídico. Um conjunto formado exclusivamente por regras primárias não pode sequer ser considerado um sistema, pois não há nenhum elemento comum nessas regras que permita identificá-las como

⁴⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 112.

⁵⁰ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 118.

⁵¹ *Ibidem*, p. 119.

parte de um corpo normativo. As regras primárias, por si mesmas, constituem meramente um “conjunto de padrões isolados”⁵² em que a única característica comum é a aceitação pelo grupo social.

Uma forma de vida social baseada apenas em regras primárias só funcionaria em uma comunidade pequena (se não primitiva), unida por laços de parentesco, sentimentos ou crenças comuns. Em qualquer comunidade mais complexa, essa estrutura social falharia e seria necessário complementá-la em alguns aspectos. É aí que entram as **regras secundárias**, que são apresentadas como meios de corrigir as imperfeições de uma estrutura social de regras primárias. Para demonstrar a necessidade das regras secundárias, Hart aponta três *defeitos* da estrutura social baseada em regras primárias, para depois corrigir cada um deles através da proposição de três regras secundárias complementares.

O primeiro defeito da estrutura social simples baseada em regras primárias é a sua **incerteza**.⁵³ Como foi dito, não há nas regras de obrigação nenhum elemento comum que permita identificá-las como regras de um mesmo sistema, ou, ainda, como regras jurídicas. Trata-se apenas de um conjunto de normas esparsas aceitas pela comunidade. Não há um critério de demarcação que permita separar as regras de direito de outras regras sociais, como as regras morais e religiosas.

Isso dá margem a uma constante incerteza sobre quais são as regras que existem na comunidade. Como não há um sistema de regras oficial e organizado, se surgirem dúvidas sobre quais são as regras vigentes ou sobre qual o exato alcance de uma regra, não haverá um processo definido para resolver essas questões, seja porque não existe um *texto* de referência ao qual as pessoas possam recorrer para sanar suas dúvidas, seja porque não existem *funcionários* dotados de autoridade para fazer declarações sobre as regras de obrigação.

O segundo defeito das regras primárias está no seu **caráter estático**.⁵⁴ O fato de serem geradas espontaneamente, e não enunciadas por um poder legislativo ou uma autoridade, tem como resultado a solidificação das regras vigentes: o único modo de se alterar as regras primárias é por um lento processo de mudança cultural,

⁵² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 119.

⁵³ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 120.

através do qual as condutas antes facultativas vão gradualmente se tornando obrigatórias, ou, inversamente, as condutas obrigatórias vão perdendo a força até que os desvios passem a ser tolerados. Não há um modo deliberado de adaptar as regras primárias às mutações sociais, seja eliminando regras antigas, seja introduzindo novas regras, e o resultado é uma sociedade com direitos e deveres estagnados.

O terceiro defeito da estrutura simples de regras primárias é a **ineficácia da pressão social difusa** pela qual se mantêm as regras.⁵⁵ Como não há um sistema oficial de regras nem funcionários com autoridade para se pronunciar sobre elas, sempre existirão discussões sobre se uma regra foi ou não violada, o que acaba por diminuir a força da pressão social exercida sobre os desvios. Se não é possível determinar com precisão *quais* são as regras vigentes na sociedade, mais difícil ainda é definir o que é e o que não é um desvio a uma regra. Some-se a isso o fato de que, por não haver uma instância oficial monopolizadora das sanções, a aplicação das sanções é feita diretamente pelo grupo social, de forma não organizada, o que acarreta perda de tempo e abre espaço para vinganças pessoais entre os membros do grupo.

O remédio proposto por Hart para corrigir os três defeitos apresentados é a complementação das regras primárias com outras regras de tipo diferente – as **regras secundárias**, que não impõem obrigações nem dizem respeito ao comportamento dos indivíduos, mas se referem às próprias regras primárias, especificando como estas podem ser identificadas, criadas, eliminadas e alteradas, e definindo os modos pelos quais se pode determinar se foram violadas. Ao fazer essa complementação, unindo as regras primárias às secundárias, estar-se-ia, segundo Hart, convertendo o regime pré-jurídico de regras primárias num sistema indiscutivelmente *jurídico*.⁵⁶

O remédio para a *incerteza* das regras primárias é a introdução de uma regra secundária que Hart chama de **regra de reconhecimento**.⁵⁷ A regra de reconhecimento é uma regra de identificação, que permite distinguir as regras que pertencem ou não ao sistema jurídico. Para isso, essa regra secundária estabelece

⁵⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 121.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 122.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 122.

uma ou mais características que devem estar presentes numa regra de obrigação para que ela seja reconhecida como uma regra jurídica válida do grupo social. Em outros termos, a regra de reconhecimento estabelece um *critério de demarcação* que permite identificar as regras primárias.

A regra de reconhecimento pode assumir várias formas, mais simples ou mais complexas. Pode, como no direito de algumas comunidades primitivas, limitar-se ao fato de a regra estar registrada num texto ou documento de referência dotado de autoridade (tal como um código) para que seja válida. Nos sistemas jurídicos mais complexos, a regra de reconhecimento normalmente corresponde a uma característica geral das regras, como o fato de terem sido criadas por um órgão legislador oficial, pelos costumes do grupo social ou, ainda, por precedentes judiciais. Quando houver mais de uma característica tratada como critério de identificação, sendo todas consideradas *fontes* de direito, a regra de reconhecimento pode estabelecer entre elas uma ordem hierárquica, de modo que uma característica prevalecerá sobre a outra (por exemplo, a regra emanada pelo legislador normalmente se sobrepõe à regra criada pelo costume).⁵⁸

Mesmo em sua forma mais simples, a regra de reconhecimento acrescenta ao regime de regras primárias um começo de sistema jurídico, pois unifica um conjunto de regras que antes era incerto e desconexo, tornando possível identificar quais são as regras impositivas de obrigações e merecedoras da pressão social da comunidade. Com isso, introduz a ideia de *validade jurídica*, que será explorada mais à frente.

Prosseguindo com as regras secundárias, o remédio proposto por Hart para solucionar o *caráter estático* das regras primárias é a introdução das chamadas **regras de alteração**⁵⁹, que conferem a um ou mais indivíduos o poder de introduzir, modificar e extinguir as normas primárias. A regra de alteração introduz, assim, as noções de promulgação e revogação de leis. À semelhança da regra de reconhecimento, as regras de alteração podem ser mais ou menos complexas, podendo atribuir poderes de forma limitada ou ilimitada. Uma regra mais complexa poderá, por exemplo, além de estabelecer quem são as pessoas competentes para

⁵⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 123.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 124.

promover as alterações, definir qual o processo a ser adotado na criação e na eliminação de regras primárias. Evidentemente, a existência de regras de alteração pressupõe que a regra de reconhecimento tenha incorporado uma referência à *legislação* como critério de identificação de regras primárias.

A terceira e última regra secundária, destinada a corrigir a *ineficácia da pressão social difusa* exercida no regime simples de regras primárias, é a **regra de julgamento**⁶⁰, que confere a um indivíduo – o juiz – a autoridade e o poder de determinar, no caso concreto, se houve ou não a violação de uma regra primária. A regra de julgamento deve indicar quem são os indivíduos aptos a julgar, bem como definir o processo a ser seguido na tomada da decisão, delineando, assim, importantes conceitos jurídicos como juiz, jurisdição e sentença. Note-se que as regras de julgamento não se confundem com eventuais regras primárias que imponham ao juiz a tarefa de julgar: como espécie de regra secundária, a regra de julgamento não impõe deveres, mas *confere poderes* judiciais, atribuindo um estatuto de autoridade às declarações do juiz.

A existência de regras de julgamento pressupõe que o sistema jurídico possua uma regra de reconhecimento *imperfeita*. Imperfeita pois, se existem dúvidas sobre a ocorrência ou não de uma violação, ou sobre o exato alcance de uma regra, isso ocorre porque a regra de reconhecimento não é abrangente o suficiente para cobrir essas questões. Na verdade, a própria regra de julgamento é uma espécie imperfeita de regra de reconhecimento, pois, se ao juiz é dado o poder de proferir decisões sobre a violação (ou não) de uma regra, tais decisões também constituem, inevitavelmente, determinações sobre aquilo que as regras são. Ao julgar, o juiz acaba criando o direito através de precedentes, definindo o alcance e a interpretação das regras primárias. Assim, “a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais, e estas sentenças tornar-se-ão uma *fonte* de direito”.⁶¹ A imperfeição deste tipo de regra de reconhecimento (que deriva da regra de julgamento) está no fato de que as sentenças, ao contrário das leis positivadas, não são proferidas em termos gerais, mas sim em relação a um caso concreto específico; então, a referência à sentença como critério de identificação de regras

⁶⁰ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 125.

⁶¹ *Ibidem*, p. 126.

primárias pode ser mais ou menos segura, a depender da habilidade do intérprete e da coerência do juiz.

Ao longo do tempo, a maioria dos sistemas jurídicos ampliou a regra de julgamento, para nela incluir o poder exclusivo do juiz de determinar a aplicação de sanções nos casos em que apurar a violação de uma regra primária. Assim, por meio da introdução de posteriores regras secundárias, a pressão social difusa foi aos poucos sendo centralizada num sistema oficial de sanções comandado pelo poder judiciário, o que afastou a autotutela por parte dos membros do grupo social.

Após a introdução das regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, o conjunto de regras primárias se transforma num sistema verdadeiramente jurídico, que não apenas impõe direitos e deveres aos cidadãos, mas confere às regras as características de validade e autoridade, possibilitando que “haja não só uma separação entre o direito e o não-direito, mas também permitindo que esse sistema seja eficaz e dinâmico.”⁶² A combinação de regras primárias e secundárias é, portanto, a essência do direito e a base da teoria de Herbert Hart.

1.4 A regra de reconhecimento como critério de demarcação do direito

Se o direito para Hart é uma união de regras primárias e secundárias, é necessário eleger um método que permita identificar *quais* são as regras que pertencem a um sistema jurídico. Essa identificação fica a cargo da regra secundária de reconhecimento, que funciona como uma espécie de *teste de validade* das regras primárias, fornecendo critérios dotados de autoridade para identificá-las dentro de um grupo social.

Os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento podem assumir formas mais simples ou mais complexas; num sistema jurídico simples, em que todo o direito emana apenas das declarações de um legislador soberano com poderes ilimitados (como na teoria de Austin), o único critério identificador do direito é a referência à promulgação pelo soberano. Em sistemas jurídicos mais modernos, em

⁶² COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 23.

que são várias as fontes de direito, existem múltiplos critérios de identificação, e, portanto, a regra de reconhecimento assume mais de uma forma, em geral incluindo a referência a uma constituição escrita, à aprovação por um órgão legislativo e aos precedentes judiciais. Nestes casos, costuma-se estabelecer uma hierarquia entre as várias fontes de direito para evitar possíveis conflitos de validade, de modo que uns critérios de identificação se subordinem a outros.⁶³

A regra de reconhecimento é, a um só tempo, o critério de delimitação e de validade do direito na teoria de Hart, pelo qual se distinguem as regras jurídicas (válidas) das regras não-jurídicas (inválidas), permitindo conhecer quais são as regras que integram o sistema jurídico. A regra de reconhecimento introduz, portanto, a própria ideia de sistema jurídico.⁶⁴ Afirmar que uma regra concreta é válida (e, portanto, parte integrante do sistema) significa admitir que ela satisfaz todos os critérios determinados pela regra de reconhecimento, tendo passado por todos os “testes” que esta exige. Por isso a regra de reconhecimento é, para Hart, o fundamento de um sistema jurídico.

Todavia, é muito raro que a regra de reconhecimento seja expressamente formulada como uma *norma*. Em geral, quando utilizada, a regra de reconhecimento não é enunciada de forma expressa; em vez disso, sua existência simplesmente se manifesta no processo de identificação das regras concretas pelos tribunais ou particulares. Ou seja, a regra de reconhecimento normalmente vem implícita na afirmação de que uma regra específica faz parte do sistema jurídico. Ao empregar expressões do tipo “O direito dispõe que...”, se está utilizando uma regra de reconhecimento *não afirmada* (implícita) para identificar a validade de regras concretas do sistema.

“Sob esse aspecto [...], a norma de reconhecimento de um sistema jurídico é semelhante à regra para a contagem de pontos em um jogo. Durante o

⁶³ Essa subordinação não corresponde, entretanto, à ideia de derivação: embora haja hierarquia, as fontes de direito são autônomas e devem seu estatuto jurídico a uma regra de reconhecimento que as identifica, *cada uma*, como direito. O fato de, por exemplo, o costume estar subordinado à legislação não significa que ele tenha sido originado a partir dela, e sim que a legislação, por ser uma fonte superior, pode *retirar* o estatuto jurídico de uma regra consuetudinária; ou seja, o costume deve seu estatuto de direito não à legislação, mas à regra de reconhecimento que lhe concedeu o status de *critério identificador* de normas (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 130).

⁶⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 113.

jogo, raramente se enuncia a regra geral que define as atividades que marcam pontos (corridas no críquete, gols no futebol, etc.); em vez disso, a regra é *usada* pelos juízes e jogadores para identificar as fases específicas que conduzem à vitória no jogo.”⁶⁵

Esse modo de uso da regra de reconhecimento é típico do ponto de vista interno, pois, embora não afirmada expressamente, ela é *aceita* por aqueles que a utilizam dentro do sistema jurídico. Ao aplicar uma regra de reconhecimento não afirmada, os tribunais e particulares manifestam a aceitação dessa regra como padrão orientador, revelando o ponto de vista interno. A expressão “O direito dispõe que...” é, portanto, uma afirmação interna, bem diferente das afirmações feitas do ponto de vista externo, típico de um observador que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento, declara o *fato* de que outros a aceitam.

Essa distinção entre pontos de vista é importante para compreender a ideia de validade jurídica, pois a validade também é normalmente afirmada do ponto de vista interno: ao aplicar uma regra de reconhecimento não afirmada (porém aceita) para reconhecer uma regra concreta como *válida*, identificando-a como parte do sistema, se está fazendo uma afirmação interna.⁶⁶

Hart utiliza esse argumento para se contrapor a uma teoria comum sobre a validade jurídica, segundo a qual a validade de uma regra corresponde à *predição* de que ela será executada pelos tribunais ou de que alguma outra medida oficial será tomada sobre ela. Esta teoria, que em muito se assemelha à teoria que define a obrigação jurídica em termos da predição de um castigo, apresenta o mesmo erro que esta: ao definir a validade da regra jurídica em termos da probabilidade de que ela seja executada pelos tribunais, negligencia o aspecto interno da regra, tratando-a como uma mera afirmação externa acerca da atuação oficial. Ao afirmar que uma dada regra é válida, o juiz não encara a validade como uma *predição* de sua atuação oficial, mas sim como a *razão* que fundamenta a sua decisão:

“[...] sua afirmação de que uma regra é válida é uma afirmação interna, reconhecendo que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito no seu tribunal, e tal não constitui uma profecia, mas parte da razão de sua decisão.”⁶⁷

⁶⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 131.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 131-132.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 135-136.

Afirmar que uma regra concreta é válida não implica, entretanto, a afirmação da sua *eficácia*, entendida como o fato de que a regra é mais frequentemente obedecida do que desobedecida. Hart entende que não há uma relação necessária entre validade e eficácia, de modo que é perfeitamente possível pensar numa regra válida porém ineficaz. A ineficácia só poderá retirar a validade de uma regra concreta se a regra de reconhecimento assim dispuser, incluindo a eficácia como um de seus “testes”, pela determinação de que uma regra em desuso não pode ser parte do sistema jurídico.⁶⁸

Por fim, há dois aspectos da regra de reconhecimento que devem ser considerados se quisermos entendê-la como fundamento demarcador de um sistema jurídico. Se todas as regras de um sistema jurídico são identificadas por critérios ditados pela regra de reconhecimento, deve haver uma regra de reconhecimento final, que se sobrepõe a todas as demais, e esta regra é *última e suprema*.⁶⁹

É regra última porque se encontra acima de todas as regras do sistema, as quais só possuem estatuto jurídico porque atenderam aos critérios de validade por ela fornecidos. A regra última de reconhecimento representa o topo de uma pirâmide de normas, devendo ser respeitada por todas as regras que queiram fazer parte do sistema jurídico. Ela fornece os critérios primeiros de validade, que devem ser acatados por todas as demais normas que lhe são subordinadas. Assim, todas as regras concretas do sistema jurídico devem sua validade, em última análise, à regra

⁶⁸ Não se confundem a ineficácia de uma regra concreta e a ineficácia geral das regras de um sistema jurídico. Se não há observância geral das regras do sistema, pois são mais frequentemente desobedecidas do que obedecidas, não se pode sequer afirmar que esse é o sistema jurídico que rege o grupo social. E, se não há um sistema jurídico, não existe o contexto de fundo necessário para se fazer qualquer afirmação interna sobre as regras. Ou seja, a eficácia geral do sistema jurídico é o pressuposto para que se façam afirmações internas sobre a validade e a eficácia de regras concretas. Contudo, não é certo dizer que a afirmação de validade sempre significa que o sistema tem eficácia geral; embora pareça ilógico, é possível, em certos casos, falar da validade de uma regra concreta dentro de um sistema desprovido de eficácia, seja porque já foi abandonado, seja porque nunca chegou a se firmar como sistema jurídico. Hart exemplifica com o caso dos Russos Brancos, que reclamavam direitos de propriedade com base numa regra que era válida no regime anterior, destruído pela revolução (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 133-134).

⁶⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 136.

última de reconhecimento, mesmo que, em razão da hierarquia, estejam submetidas também a outras regras.⁷⁰

Um segundo aspecto revela que a regra final de reconhecimento é uma regra *suprema*. Quando a regra de reconhecimento fornece múltiplos critérios de validade ordenados segundo uma hierarquia, um deles será supremo, superior a todos os demais. Um critério de validade é supremo quando as regras identificadas por referência a ele continuam sendo regras válidas do sistema, ainda que estejam em conflito com outras regras identificadas por outros critérios validantes. Analogamente, as regras identificadas por critérios “não-supremos” não serão reconhecidas como parte do sistema, se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo.⁷¹ Em outras palavras, o critério supremo sempre “vence” quando em conflito com outros critérios.

A validade da regra de reconhecimento também é um ponto que deve ser comentado. Ao mesmo tempo em que a regra última de reconhecimento disponibiliza critérios para apurar a validade de todas as demais regras do sistema, não existe uma regra que avalie a sua própria validade jurídica. A regra de reconhecimento não pode ser declarada válida ou inválida, pois para isso seria necessário haver uma regra superior a ela que fornecesse os critérios de sua validade. Por ser a regra máxima do sistema jurídico, a regra última não se submete a tal apreciação, vez que ela mesma é que define a validade ou invalidade de todas as demais regras: “Se a regra de reconhecimento é um critério de validade, o termo ‘validade’ não pode ser aplicado a ela, sob pena de auto-referência.”⁷² A regra de reconhecimento é, portanto, a única regra cuja autoridade emana da *aceitação*, e não da validade.

Não se pode afirmar que a regra última de reconhecimento tem validade *presumida* ou *assumida*, pois a análise da validade só se faz necessária para as regras concretas do sistema, que devem seu estatuto jurídico ao atendimento de certos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento. A regra última de

⁷⁰ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 25.

⁷¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 114.

⁷² *Ibidem*, p. 116.

reconhecimento é simplesmente aceita pela comunidade, e sua existência é uma questão de *fato*. Pode-se pressupor sua existência, mas não supor sua validade. Nesse sentido, “a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios”.⁷³

A regra de reconhecimento é, portanto, o fundamento que permite delinear um sistema jurídico na ótica de Hart. Posto isso, poderemos afastar em definitivo a teoria de Austin, pois a proposta de um sistema jurídico marcado pela *obediência habitual* a um soberano não é capaz de descrever o direito como união de regras primárias e secundárias. Ora, se o direito é uma união de regras primárias e secundárias, descrevê-lo em termos da obediência habitual às ordens proferidas por um soberano significaria dizer que todas as pessoas obedecem habitualmente às regras primárias válidas e às regras secundárias do sistema. Não se pode, contudo, fazer tal afirmação. Embora a obediência esteja presente na teoria de Hart, ela se refere ao modo como o cidadão particular se porta diante das normas, mas é incapaz de descrever a atuação dos funcionários do Estado (legisladores, juízes, etc.) perante o direito. Quando esses funcionários exercem os poderes outorgados por uma regra secundária, não estão “obedecendo” a essa regra; as regras que conferem poderes não podem, como já comentamos, ser obedecidas ou desobedecidas, já que não impõem um *dever jurídico* propriamente dito.

Além disso, Hart acredita que, ao se relacionarem com o direito, os juízes e legisladores necessariamente compartilham um ponto de vista interno, pois *aceitam* as normas – em especial a regra última de reconhecimento – como um padrão geral de comportamento que é correto e obrigatório para todos. Essa reflexão, típica do ponto de vista interno, não é necessária na noção de *obediência*. Os cidadãos comuns podem prestar obediência às normas primárias mesmo sem aceitá-las como padrões gerais e sem considerar que esse é o comportamento “correto” e obrigatório para todos. Podem obedecer apenas por medo da sanção, em caráter puramente pessoal, ou por outro motivo qualquer, sem aceitar que aquela é a melhor conduta para o grupo social. Isso não é possível para os funcionários do Estado. Segundo

⁷³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 142.

Hart, essas autoridades devem necessariamente aceitar as regras secundárias como padrões de comportamento oficial, encarando os desvios como infrações. Essa reflexão do ponto de vista interno é necessária para os legisladores e juízes, mas não para os cidadãos privados, que podem apenas *obedecer* às regras primárias válidas sem aceitar a regra de reconhecimento.⁷⁴

Ou seja, é correto falar em obediência apenas relativamente à conduta dos cidadãos comuns perante as regras primárias, mas não no tocante à relação dos funcionários do Estado com as regras secundárias. Esta requer uma reflexão crítica, característica do ponto de vista interno, que não é necessária à obediência. Logo, o modelo de Austin seria capaz de explicar o sistema jurídico tão somente sob o aspecto da obediência às regras concretas por parte dos cidadãos, mas não quanto à aceitação das regras secundárias pelas autoridades. Por tudo isso, não se pode descrever a existência de um sistema jurídico com base na ideia de obediência habitual.

1.5 A textura aberta do direito e a discricionariedade judicial

Para que o direito atinja o seu propósito de controle social, difundindo padrões de conduta, as regras jurídicas devem, como já comentamos, ser enunciadas de forma *geral*, referindo-se a categorias de pessoas, atos e condutas. As diretivas individualizadas (como na situação do assaltante armado) não servem a esse propósito, motivo pelo qual ocupam um lugar secundário e subsidiário no direito.

Dentro desse contexto, segundo afirma Hart, existem dois modos principais de se transmitir padrões gerais de conduta, utilizados como meios de controle social: o precedente e a legislação. O precedente pode ser definido como um exemplo dotado de autoridade que, sem fazer uso expressivo de palavras gerais, comunica um padrão de conduta. Esse é o caso do pai que, por meio do exemplo, ensina a seu filho que tirar o chapéu ao entrar na igreja é o comportamento (não jurídico) adequado para aquela ocasião.⁷⁵ Por outro lado, a legislação é um modo de transmissão de padrões de conduta que se faz por meio de uma linguagem *geral* e

⁷⁴ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 148-149.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 162.

explícita dotada de autoridade (por exemplo, o enunciado de que “todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja”).

À primeira vista, poderíamos concluir que a legislação é uma forma bem mais segura de comunicação de padrões de conduta em comparação com o precedente, porque utiliza uma linguagem explícita, deixando pouco espaço para dúvidas e especulações. De outro lado, os precedentes parecem ser bastante incertos, pois dão margem a questionamentos sobre o comportamento pretendido (o filho poderia se perguntar, por exemplo, se é adequado recolocar o chapéu uma vez dentro da igreja, ou se tem importância que ele seja retirado com a mão esquerda).⁷⁶

Porém, se analisarmos com a devida cautela, constataremos que até mesmo a legislação causa incertezas sobre o comportamento exigido em casos concretos. Cada vez mais se tem percebido que a relação *incerteza/certeza* entre precedente e legislação não é tão forte quanto parece, e que mesmo as regras comunicadas por meio da legislação podem gerar dúvidas sobre a sua aplicabilidade.

Tanto a legislação como os precedentes podem causar dúvidas quanto aos padrões de conduta exigidos, pois, na ótica de Hart, há uma limitação natural da linguagem que impede que as regras comuniquem padrões de comportamento de forma completa e perfeita. Em outros termos, existe um limite quanto à orientação que a linguagem pode nos fornecer, e assim, não podem existir regras perfeitas – inevitavelmente, toda regra apresentará, em algum momento, uma margem de incerteza sobre aquilo que estatui.

É claro que sempre haverá normas que se revelam perfeitamente claras em certos casos concretos. Existem casos simples que se amoldam nitidamente a uma regra do sistema, não havendo dúvidas quanto à sua solução. Nesses casos simples, a linguagem da lei é clara o suficiente para não deixar dúvidas quanto à aplicação da regra à situação de fato, de forma que o sentido da norma impõe-se por si mesmo. A solução para os casos simples pode ser encontrada, assim, por meio de um simples silogismo. Se, por exemplo, uma regra proíbe o tráfego de “veículos” dentro de um parque, certamente um automóvel será qualificável como veículo e, assim, a conclusão lógica é que veículos não poderão circular no

⁷⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 162.

parque.⁷⁷ O mesmo ocorre com a norma que prescreve a nulidade do contrato celebrado por menor de 16 anos não representado: havendo um contrato celebrado nessas condições, ele será incontestavelmente nulo. Não há dificuldade em resolver casos como esses, pois os termos linguísticos gerais utilizados pela regra são claramente aplicáveis à situação fática, não havendo a necessidade de uma ponderação ou interpretação aprofundada pelo aplicador do direito. A subsunção dos casos simples à lei parece, assim, se dar de modo *automático*.

Existem, entretanto, casos mais complexos em que a aplicabilidade da regra não se revelará de modo tão evidente. Por vezes surgirá uma incerteza quanto à aplicação da regra ao caso concreto que não pode ser sanada simplesmente pela interpretação ou pelo silogismo. Nesses casos mais complexos, não é possível afirmar de pronto se a situação fática se amolda ou não à expressão geral trazida pela lei. Retomando o exemplo do parque, poderia haver dúvida sobre se a expressão “veículo” constante da lei abrange também as bicicletas e motocicletas.

Essa incerteza quanto à aplicabilidade das regras decorre da limitação linguística de que falamos. Porque a linguagem legislativa – como toda linguagem – é, por sua própria natureza, limitada, não podendo antever e regular todos os casos concretos que surgirão no futuro. Esse limite linguístico é, na verdade, consequência da própria condição humana⁷⁸, já que o legislador é incapaz de conhecer (e portanto, antecipar), no momento da criação da lei, todas as combinações possíveis de circunstâncias que podem surgir sobre um determinado padrão de comportamento. A imprecisão das regras decorre, em última análise, da própria ignorância humana quanto aos eventos futuros, pois nenhum legislador humano – por mais competente que seja – é capaz de criar uma norma que contemple todos os casos futuros.

É justamente esse nível de indeterminação da linguagem legislativa que marca a distinção entre casos simples e difíceis na teoria de Hart. A incerteza intrínseca a toda regra jurídica resulta em que, em todo sistema jurídico, sempre haverá casos não regulados, em relação aos quais o direito não aponta uma decisão exata a seguir. Em outros termos, todas as regras revelar-se-ão insuficientes em

⁷⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 164.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 166.

algum momento futuro em que a sua aplicação esteja em foco, pois todas as regras jurídicas são *imprecisas* em certo sentido: “nos casos difíceis, diria Hart, não existem discordâncias teóricas, existem apenas problemas semânticos relacionados à imprecisão dos termos utilizados pela regra jurídica para a descrição do fato.”⁷⁹ Hart chama de **textura aberta**⁸⁰ essa característica das leis e dos precedentes, que se manifesta também na regra de reconhecimento.

Daí podemos concluir que, para a teoria de Hart, o direito comporta *lacunas*⁸¹, espaços de incerteza quanto à aplicação das regras, que resultam da ausência de critérios jurídicos que indiquem uma decisão para o caso concreto. É nesse âmbito de indeterminação das regras, nessa “penumbra de incerteza” inerente a toda expressão normativa que se situam os casos juridicamente não regulados (difíceis). Quando a regra deixa dúvidas sobre qual é a solução pretendida, e não há meios jurídicos para se chegar a essa resposta, estamos diante de um caso difícil. Pode-se dizer, então, que toda regra possui dois aspectos segundo o entendimento de Hart: um núcleo central de sentido indiscutível (*core*) que não deixa espaço para incertezas, onde se situam os casos simples; e uma inevitável *zona de penumbra*, correspondente à textura aberta da norma, onde recaem os casos difíceis.⁸²

Os casos difíceis trazem à tona, portanto, as lacunas da lei na teoria de Hart. São *difíceis* porque não podem ser solucionados pelo direito, já que não existem critérios jurídicos que permitam concluir antecipadamente por uma solução correta. No dizer de Hart, haverá nos casos difíceis razões “quer a favor, quer contra o nosso

⁷⁹ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995. p. 91.

⁸⁰ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 166.

⁸¹ Ao admitir que o direito comporta lacunas, pois as regras e precedentes possuem textura aberta, Hart se posiciona num ponto intermediário entre formalismo e ceticismo. Em poucas palavras, o formalismo defende um direito completo, capaz de regular todos os casos presentes e futuros, de modo que não existiriam casos juridicamente não contemplados. Por outro lado, o ceticismo leva a incerteza das regras ao extremo, ao defender que o direito não é um sistema formado por regras, mas sim pelas decisões dos tribunais. As correntes encontram-se em polos opostos: para os formalistas o direito tudo resolve, e para os céticos, as regras nada definem, deixando o direito a cargo dos tribunais. Hart critica as duas concepções, optando por um meio termo: não é formalista, visto que não acredita na completude do direito, e sim na textura aberta das normas (aproximando-se do ceticismo); mas também não é cético, pois entende o direito como um sistema formado por regras (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 177).

⁸² CADEMARTORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin*. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 10, n.1, p. 215-228, jan./jun. 2005.

uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição.”⁸³

É certo, porém, que os casos difíceis têm de ser resolvidos; e, se o direito não fornece uma resposta, caberá ao julgador encontrá-la, já que ele não pode se privar de proferir uma decisão. Hart não aceita a tese de que, na presença de uma lacuna legal, o juiz deveria remeter o ponto não regulamentado ao poder legislativo para que este o decida, criando o direito. Ao contrário, Hart defende que, diante de um caso não contemplado pelo direito, em que não há qualquer critério *jurídico* (nos termos da regra de reconhecimento) que indique uma solução correta a seguir, o juiz deverá decidir fazendo uma *escolha* entre as alternativas abertas deixadas pela lacuna legal. A ausência de uma solução jurídica atribuiria ao juiz um **poder discricionário amplo**, que permite resolver o caso difícil por meio da escolha entre um dos interesses conflitantes.⁸⁴

O poder discricionário amplo – que Dworkin denominará *discricionariedade forte* – surge num contexto em que não há, segundo Hart, qualquer dever legal que imponha ao juiz uma decisão específica ou que o obrigue a decidir de acordo com um padrão preexistente.⁸⁵ Como não há nenhuma regra jurídica aplicável ao caso difícil, a decisão do juiz não está adstrita a qualquer padrão ou limitação jurídicos, e por isso, na ótica de Hart, o juiz estaria legitimado a decidir segundo as suas próprias convicções, buscando padrões alheios ao direito para *criar* uma norma no vazio deixado pela lei.

Conquanto o direito não forneça nenhuma solução jurídica para os casos difíceis, há respostas *não jurídicas* aptas a solucioná-los, e, segundo Hart, caberá ao juiz fazer uma escolha entre essas alternativas pelo modo que achar mais adequado. Na ausência de regra legal, o juiz estaria legitimado a decidir conforme as suas próprias razões, guiando-se pelo seu discernimento pessoal para preencher a lacuna legal com uma resposta que, até o momento de sua decisão, não é jurídica.

⁸³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 164.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 165.

⁸⁵ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 102-103.

Ao decidir o caso difícil valendo-se da discricionariedade forte, o juiz exerce um verdadeiro poder de *criação* ou *complementação* do direito no ponto não regulamentado, gerando um precedente judicial para futuros casos semelhantes. Ou seja, a partir da decisão do juiz, o que era uma alternativa não-jurídica incorpora-se ao direito, tornando-se uma resposta *jurídica* e oficial para casos daquele tipo. A resposta escolhida pelo juiz será a resposta válida dali em diante. Assim, a matéria que antes era controversa torna-se incontroversa, ou, em outras palavras, o caso deixa de ser difícil e passa a ser regulamentado pelo direito.

Disso decorre que todas as soluções (não-jurídicas) para o caso difícil são igualmente aceitáveis do ponto de vista do direito: como não há resposta jurídica para o caso, nenhuma solução (não-jurídica) poderá ser *contrária* ao direito. Logo, seja qual for a decisão do juiz no caso difícil, essa decisão nunca será juridicamente *errada*, embora possa ser criticada do ponto de vista moral.

Contudo, Hart não admite que o poder discricionário seja usado como permissivo para decisões arbitrárias. Para ele, o poder de criação do direito deve ser exercido pelo juiz com base em certas razões gerais justificadoras de sua decisão. O juiz deve agir como um “legislador consciencioso”⁸⁶ agiria, fazendo uma escolha “oficial e bem informada”⁸⁷ entre as alternativas disponíveis e, uma vez satisfeita essa condição geral de bom senso, ele estaria livre para decidir de acordo com suas próprias razões, baseando-se em padrões que não são ditados pelo direito.

Uma importante consequência disso é que, em sendo possível decidir segundo convicções pessoais, a decisão de um juiz pode ser diferente daquela que outro juiz adotaria se confrontado com um caso semelhante. Os padrões e razões justificadores da decisão – por não serem jurídicos e obrigatórios – podem variar dependendo do juiz que decide a causa. Por essa razão é que não há uma única decisão correta para os casos difíceis; há várias decisões possíveis e igualmente aceitáveis do ponto de vista jurídico.⁸⁸

Sem dúvidas, o poder discricionário forte confere vasta liberdade ao julgador, permitindo que ele *crie* uma resposta jurídica para os casos difíceis em vez de

⁸⁶ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 352.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 169.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 336.

aplicar um direito preexistente. Essa atividade judicial criadora se dá exatamente nos pontos de incerteza sobre o direito aplicável, nos casos situados na “zona de penumbra”, ou, em outras palavras, nos pontos onde a textura das regras é aberta. Dizer que o direito possui uma textura aberta significa, em última análise, que existem casos concretos – os *casos difíceis* – que não são amparados pelo direito, e então, esses casos terão de ser resolvidos pelos juízes e tribunais por meio do recurso a um poder discricionário amplo, que permite criar ou complementar o direito através de uma escolha entre interesses conflitantes. A discricionariedade forte do julgador decorre, portanto, da textura aberta das normas:

“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 das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade.”⁸⁹

Dworkin condena o modelo de direito proposto por Hart exatamente porque esse modelo não traz uma solução *jurídica* para os casos difíceis, abrindo espaço para o exercício de um poder discricionário fundado em elementos não-jurídicos. As decisões judiciais em casos difíceis não seriam, nesse contexto, fruto de uma racionalidade jurídica, e sim resultado da racionalidade subjetiva do julgador, que forma seu convencimento com base em elementos morais, políticos e econômicos que não são obrigatórios, mas meras sugestões ou recomendações extrajurídicas.⁹⁰ No próximo capítulo serão apresentadas as principais críticas de Dworkin ao conceito de direito de Hart, para, em seguida, introduzir a teoria do direito como integridade de Dworkin.

⁸⁹ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 149.

⁹⁰ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 66.

2 A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

2.1 A crítica de Ronald Dworkin ao conceito de direito proposto por Hart

De acordo com a versão do positivismo proposta por Hart, o direito é um sistema formado por regras de obrigação que podem ser identificadas por meio de um teste fundamental utilizado para separar mecanicamente as regras jurídicas válidas de outras regras sociais. Esse teste fundamental – que Dworkin chama de “teste de *pedigree*” – não tem por objetivo avaliar o conteúdo das normas, mas sim o procedimento formal pelo qual foram criadas ou adotadas (isto é, o seu *pedigree*).⁹¹ No caso de Hart, esse teste de validade equivale à regra última de reconhecimento.

As regras jurídicas válidas nos termos da regra de reconhecimento expressam as obrigações jurídicas na teoria de Hart. Para ele, toda obrigação jurídica deriva de uma regra jurídica preexistente que impõe um comportamento positivo ou negativo a alguém. Desse modo, só existe obrigação jurídica se houver uma regra jurídica prévia que estipule essa obrigação. Na ausência de tal regra, não há obrigação, e então, não há qualquer dever legal previsto para a situação.

Disso decorre que, nos casos difíceis – ou seja, nos casos que não estão cobertos por nenhuma regra jurídica prévia –, o juiz não tem nenhuma obrigação jurídica de decidir de um modo determinado, pois não existe qualquer dever legal impondo a ele uma decisão. Nesses casos, o juiz deverá recorrer a um poder discricionário amplo para preencher a lacuna legal, sem estar submetido a qualquer parâmetro jurídico, criando a solução para o caso difícil por meio de padrões *estranhos ao direito*.

Ao decidir com base nesses padrões extrajurídicos, alheios ao direito, o juiz não age dentro dos limites de qualquer dever legal preexistente. A decisão discricionária é produto da racionalidade subjetiva do juiz, sendo, porém, irracional do ponto de vista jurídico. Trata-se de uma decisão fundada em critérios pessoais e políticos, e não de direito. Isso porque, na ótica de Hart, o direito é um conjunto formado exclusivamente por *regras* cuja validade é aferida pelos critérios fornecidos

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

pela regra de reconhecimento. Todos os padrões diferentes de *regras* não são direito na concepção positivista, e assim, não podem impor obrigações jurídicas.

Quando o juiz decide um caso difícil com base em padrões que não pertencem ao direito, usando seu discernimento pessoal (discrissão forte), ele não age, portanto, segundo um dever legal ou uma obrigação jurídica preexistente, mas, ao contrário, *cria* o direito para o caso concreto. Ou seja: “quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discrissão, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.”⁹²

Dworkin não concorda com essa tese de incompletude do direito. Ele sustenta que o direito vai muito além das regras jurídicas postas (*settled rules*) de Hart, não sendo possível utilizar padrões “extrajurídicos” para decidir os casos difíceis. Para Dworkin, o fato de não haver uma lei ou um precedente aplicáveis ao caso concreto não significa que o direito não fornece nenhuma resposta; significa, apenas, que o juiz terá de buscar padrões de direito que estão além das regras jurídicas postas.

Essa é a principal crítica à teoria do poder discricionário de Hart. Dworkin condena essa tese porque acredita que ela exclui do conceito de direito alguns aspectos muito importantes do cotidiano jurídico. Ele afirma que existem certos padrões constantemente usados pelos tribunais, padrões que são diferentes das regras jurídicas mas se mostram tão relevantes quanto elas, que também pertencem ao direito, mas não são contemplados pela teoria de Hart. Ao estabelecer um teste de *pedigree* para separar o que é direito e não-direito, Hart acaba por deixar de fora esses padrões, que exercem um papel de extrema importância na vida jurídica, e essa é a principal falha de seu modelo.

Esses padrões (*standards*) não contemplados pela teoria de Hart são os **princípios** e **políticas**. Em muitos casos levados à justiça, especialmente nos casos difíceis, os juízes têm de recorrer a padrões que não se manifestam como regras, mas sim como princípios e políticas, para que possam fundamentar a sua decisão. Para Dworkin, “política” é um padrão que estabelece um objetivo geral a ser alcançado em benefício da coletividade, como uma melhoria econômica, política ou social, e “princípio” é um padrão que deve ser observado não por motivos desse

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

tipo, mas porque é “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”⁹³

Assim, um exemplo de política é o padrão que determina que os acidentes de trânsito devem ser evitados; já o padrão segundo o qual ninguém deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um exemplo de princípio. Mas essa distinção não nos interessa no presente momento. Por ora, Dworkin empregará o termo “princípios” para expressar, de modo geral, todo o conjunto de padrões que não são regras, incluindo os princípios em sentido estrito e as políticas.

Mais importante neste momento é a distinção entre princípios (no sentido geral apontado) e regras. Segundo Dworkin, a diferença entre princípios e regras é de ordem lógica e está ligada à forma pela qual esses padrões fornecem orientações. A principal característica das regras é que elas funcionam à maneira do *tudo-ou-nada*⁹⁴: dada uma regra, ou ela será válida e fornecerá a única resposta correta para a situação, caso em que necessariamente deverá ser acatada, ou então será inválida e não fornecerá resposta alguma, pois não será considerada parte do sistema jurídico.

“Em havendo a realização de uma ação ou acontecimento que esteja nas regras jurídicas previsto, esta disposição legal deve ser efetivamente levada a efeito. A não realização apenas é possível em não sendo a regra válida. Esta é a relação do tudo-ou-nada. Ou uma regra é dotada de validade e, portanto, deve ser realizada na íntegra ou, em não sendo válida, considera-se ter sido excluída do ordenamento jurídico.”⁹⁵

É o que ocorre, por exemplo, com uma regra que estipula um mínimo de três testemunhas para que um testamento seja válido. Se essa regra for juridicamente válida, ela deverá ser integralmente aplicada, de forma que todo testamento, para ter validade, deverá ser assinado por pelo menos três testemunhas. Um juiz não pode, reconhecendo que essa é uma regra do sistema jurídico, decidir que um testamento assinado por apenas duas testemunhas é válido. Além disso, qualquer regra que disponha de modo diferente sobre o número de testemunhas deverá ser excluída ou

⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 39.

⁹⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. *O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin*. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 11, n.2, p. 269, jul./dez. 2006.

reformulada, pois, como as regras funcionam à maneira do tudo-ou-nada, não pode haver duas regras conflitantes e simultaneamente válidas.

Nas palavras de Dworkin, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.”⁹⁶ Isso decorre do postulado da não-contradição, que determina que não pode haver incoerências dentro de um sistema de direito. Um comportamento não pode ser a um só tempo proibido e permitido, de modo que, se houver contradição entre duas regras, uma delas deverá ser excluída para que a outra mantenha a sua validade.

Os princípios, por sua vez, não funcionam dessa maneira. Em primeiro lugar, porque não existe uma situação concreta que implique, obrigatoriamente, a aplicação de um princípio. Ao contrário das regras – que, sendo válidas e aplicáveis, deverão necessariamente ser observadas –, um princípio não conta com um conjunto de condições que tornam a sua aplicação necessária.⁹⁷ Um princípio pode ser aplicado ou não, dependendo da sua relevância para o caso concreto; e, mesmo quando for aplicado, isso não significa que ele prevalecerá.

Isso ocorre porque os princípios possuem uma *dimensão de peso* ou *importância* que falta às regras. Dizer que um princípio é parte do sistema jurídico significa apenas que, se esse princípio for relevante para o caso concreto, ele deve ser levado em consideração pelas autoridades públicas como uma razão que inclina a decisão num ou noutro sentido.⁹⁸ A dimensão de peso dos princípios se opõe ao aspecto de tudo-ou-nada das regras, pois, enquanto estas ou são totalmente acatadas ou não se aplicam de modo algum, os princípios podem ser levados em conta para fornecer uma razão que apenas *inclina* um argumento em certa direção, de maneira não decisiva.

Quando dois princípios colidem, um deles não terá de ser excluído do sistema jurídico para que o outro prevaleça. Um conflito de princípios deve ser resolvido levando em conta a força que cada um exerce no caso concreto, e essa força pode variar conforme as circunstâncias. É possível que certo princípio não prevaleça em um caso específico, mas, em outras situações, seja determinante. Por isso, não há

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 43.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 41

⁹⁸ *Ibidem*, p. 42.

realmente princípios que sejam contraditórios entre si, mas sim casos concretos em que dois princípios entram em confronto.

A resolução de um conflito entre princípios depende, portanto, de uma ponderação do julgador, de um balanceamento entre os interesses envolvidos que permita avaliar qual é o princípio de maior peso no caso concreto. Um mesmo princípio pode ter diferentes pesos a depender das circunstâncias, e essa mensuração fica a cargo do julgador, que, por meio de um balanceamento, determinará a importância que o princípio exerce no caso específico.

Dworkin oferece um exemplo real que permite visualizar muito bem a dimensão de peso dos princípios. Trata-se do caso *Riggs versus Palmer*, julgado em 1889 num tribunal de Nova Iorque. A divergência nesse caso consistia em saber se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia receber a herança, embora houvesse, com esse propósito, assassinado seu avô. De um lado, todas as condições legais para a feitura do testamento estavam satisfeitas, o que, em tese, tornava legítima a transferência da propriedade para o assassino; de outro lado, havia a máxima fundamental de direito costumeiro segundo a qual ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza.

A Corte entendeu que, nesse caso – apesar de não haver nenhuma regra jurídica determinando a deserção do assassino –, o princípio se sobrepunha às leis que regiam a feitura do testamento, e ao final, o assassino não recebeu a herança. Um dos argumentos levantados no voto vencedor é a importância da busca da intenção do legislador: a letra da lei não é lei, a menos que seja coerente com a intenção dos legisladores. Desse modo, a Corte americana concluiu ser possível o controle da lei e dos contratos por máximas gerais e fundamentais do *common law*, que Dworkin chama de princípios:

“[...] all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime. These maxims are dictated by public policy, have their foundation in

universal law administered in all civilized countries, and have nowhere been superseded by statutes.”⁹⁹

Embora a Corte tenha decidido nesse sentido, em outras situações a máxima segundo a qual ninguém pode beneficiar-se de seus ilícitos poderia não prevalecer. Um caso bastante claro é o do usucapião: se uma pessoa ocupa de má-fé o imóvel de outrem por um longo período de tempo, ela pode um dia adquirir o domínio sobre esse bem.¹⁰⁰ Isso não significa que o referido princípio tenha sido extinto, mas apenas que, nesse caso específico, ele não prevaleceu, pois o balanceamento não lhe foi favorável.

Não se pode dizer o mesmo das regras. Poderíamos até afirmar que uma regra é mais ou menos importante no sentido funcional, porque desempenha um papel de maior ou menor relevância na regulação de um comportamento; porém, “não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior.”¹⁰¹ Assim, o conflito entre duas regras sempre implicará a exclusão de uma e a permanência da outra. Os critérios para se determinar qual regra prevalecerá são normalmente definidos por outras regras do sistema jurídico, por exemplo, aquelas que dão preferência à regra mais recente ou à regra promulgada pela instância mais alta.

Regras e princípios são, portanto, construções jurídicas de tipos diferentes, mas igualmente relevantes para o direito. Os princípios revelam-se especialmente importantes na fundamentação de decisões judiciais em casos difíceis, como o caso *Riggs versus Palmer*, nos quais as regras jurídicas postas não dão conta da controvérsia.

Dworkin critica o modelo proposto por Hart exatamente porque, segundo esse modelo, os princípios não podem ser apreendidos como obrigatórios. A regra de reconhecimento, como veremos mais à frente, é incompatível com a dimensão de peso dos princípios, e disso resulta que, segundo Hart, todo sistema jurídico se

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of New York. *Riggs v Palmer*. 115 NY 506. Nova Iorque, 8 de outubro de 1889. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 40.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 43.

compõe apenas de *regras*, constituindo os princípios meras recomendações extrajurídicas que o juiz tem a liberdade de aplicar, se assim desejar.

Isso acarreta que, pela teoria de Hart, ao resolver um caso difícil utilizando-se de princípios, o juiz não está dando uma solução jurídica à controvérsia, mas sim uma solução não-jurídica, alheia ao direito, baseada não na racionalidade jurídica, mas num poder discricionário forte. Em outras palavras, ao utilizar princípios, o juiz não aplicaria direitos e obrigações preexistentes, mas, ao contrário, estaria legislando novos direitos e obrigações a partir de elementos não-jurídicos.

Isso pode ser um problema na medida em que permite ao juiz privar alguém de seus bens e direitos com base apenas em seu discernimento pessoal. No caso *Riggs versus Palmer*, por exemplo, todas as regras jurídicas e obrigatórias indicavam que o assassino tinha direito à propriedade da herança. Ao decidir de modo contrário, a Corte confiscou esse patrimônio sem que houvesse qualquer obrigação jurídica instituída nesse sentido. Segundo Hart, não haveria qualquer justificativa para a atuação da Corte senão o fato de que ela agiu conforme o poder discricionário que lhe foi conferido pelo caso.

Dworkin não se contenta com essa explicação. Para ele, é possível encontrar uma justificativa jurídica até mesmo para os casos difíceis, pois o direito não se limita a *regras*, mas abrange outros padrões – os princípios e políticas – que são aptos a justificar as decisões judiciais nesses casos. Desse modo, o poder discricionário proposto por Hart não pode ser a solução para os casos difíceis. Deve haver outra justificativa, fundada em elementos pertencentes ao direito, que possa explicar o modo pelo qual o juiz deve agir diante de casos dessa natureza.

2.2 A superação do critério da discricionariedade forte como fundamento para as decisões judiciais em casos difíceis

Na visão do *positivismo* de Hart, toda obrigação jurídica deriva de uma regra jurídica prévia que impõe um determinado comportamento. Se tal regra não existir, não haverá obrigação, e, portanto, não haverá qualquer dever legal previsto para a situação. Em outros termos, somente os casos incontroversos (simples) reproduzem direitos e obrigações jurídicos na teoria de Hart, visto que, nos casos difíceis – em

que não há nenhuma regra jurídica aplicável – o juiz não fica submetido a qualquer dever legal, podendo decidir conforme um poder discricionário forte.

Dworkin, pelo contrário, entende que a obrigação jurídica não depende da preexistência de uma regra social. Mesmo na falta de uma tal regra, poder-se-ia identificar um *dever legal* que impõe ao juiz uma determinada decisão no caso difícil. Se para Dworkin os princípios são parte do direito, então as decisões judiciais em casos difíceis – que se baseiam nesse tipo de padrões – não estariam fundamentadas em elementos extrajurídicos, mas sim em elementos tão obrigatórios quanto as próprias regras.

O motivo pelo qual os princípios não integram o direito, segundo a teoria de Hart, é a existência de um teste de validade que separa as regras jurídicas de outras regras. Hart filia-se a uma tradição positivista que estabelece um critério de validade jurídica estrita: serão válidas (e obrigatórias) somente as regras que possuírem certas características objetivas que podem ser captadas por uma regra (no caso, a regra de reconhecimento).¹⁰² A validade é aferida de forma categórica, à maneira do tudo-ou-nada: ou a regra passará pelo teste de reconhecimento e será considerada válida, ou não passará, e então, será excluída do âmbito do direito.

Esse teste de validade, embora possa ser eficaz para as regras, não funciona para os princípios. As características que regra de reconhecimento impõe para qualificar uma regra como parte do direito são características extrínsecas, de cunho objetivo, que não se referem ao conteúdo, mas sim à forma pela qual as regras foram criadas ou adotadas (*pedigree*). Frequentemente, a regra de reconhecimento faz referência à promulgação por uma autoridade competente, por um poder legislativo ou pelos juízes, no caso dos precedentes. Esse teste de *pedigree* não funciona, contudo, para os princípios, pois eles não possuem características formais que possam ser objetivamente identificadas por meio de um teste como a regra de reconhecimento. A origem dos princípios “não se encontra na decisão particular de

¹⁰² COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 54.

um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.”¹⁰³

Dworkin critica a regra de reconhecimento exatamente porque ela é incompatível com a dimensão de peso dos princípios. Enquanto as regras obedecem ao binômio validade/invalidade, aplicação/não-aplicação, os princípios estão sujeitos à ponderação do julgador, podendo ser utilizados em diferentes escalas dependendo do peso que exerçam no caso concreto. Os princípios não buscam, como as regras, prescrever um resultado certo e necessário à controvérsia, mas sim *influenciar* a argumentação jurídica, inclinando a decisão em uma ou outra direção de maneira não conclusiva.¹⁰⁴

Por essas razões é que os princípios não podem ser captados por um teste de *pedigree*. Não há nos princípios uma característica comum e formal que possa qualificá-los categoricamente como *jurídicos*. Se tivéssemos que sustentar que determinado princípio faz parte do direito, provavelmente apontaríamos o apoio institucional que existe em torno dele, por exemplo, os precedentes judiciais em que o princípio tenha sido citado, as leis que lhe fazem referência, etc., e quanto mais apoio conseguíssemos demonstrar, maior seria o *peso* daquele princípio. Porém, ainda assim, não poderíamos conceber uma fórmula para determinar de quanto apoio institucional é preciso para que um princípio se torne um princípio *jurídico*.

”Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única “regra”, por mais complexa que fosse.”¹⁰⁵

A regra de reconhecimento é, assim, incapaz de explicar os princípios como parte do direito. As regras são o único tipo de padrão que pode ser identificado por referência a esse *teste de pedigree*. O resultado disso é um sistema de direito formado exclusivamente por regras, e, posto que as regras não podem cobrir todo e cada caso concreto (pois possuem *textura aberta*), a solução proposta por Hart para preencher os espaços vazios é a doutrina do poder discricionário.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 64.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 65.

Dworkin diferencia dois sentidos de poder discricionário: um fraco e um forte. Ele condena a tese proposta por Hart porque afirma que ela contempla uma discricionariedade em sentido *forte*, cuja existência ou não é um dos pontos cruciais de discordância entre os dois autores.

Segundo Dworkin, a discricionariedade em sentido fraco se revela quando a tomada de uma decisão exige o uso da capacidade de julgamento, pois o contexto não é claro o suficiente para permitir a aplicação de uma regra de forma mecânica. Porém, ao tomar tal decisão, a pessoa está submetida aos critérios estabelecidos por uma autoridade superior, de modo que a sua discricionariedade se resume a uma escolha entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”.¹⁰⁶ É o caso do sargento que recebe ordens de seu superior para formar uma patrulha com seus cinco homens mais experientes. Essa escolha demanda um julgamento por parte do sargento (pois não há um critério mecânico para apurar a experiência de cada homem), mas está balizada por uma ordem superior que pretende dirigir a sua decisão.¹⁰⁷

Um segundo sentido fraco de discricionariedade se impõe quando uma autoridade pública tem o poder de tomar uma decisão que não poderá ser revista ou cancelada por qualquer outro funcionário.¹⁰⁸ Trata-se da prerrogativa de proferir uma decisão em última instância, que, em razão da disposição hierárquica dos funcionários, não pode mais ser contestada.

Por sua vez, a discricionariedade em sentido *forte* significa que uma autoridade pública, ao tomar uma decisão, não está submetida a qualquer limitação disposta por uma autoridade superior, vale dizer, não está vinculada a qualquer parâmetro legal, pois não existe um padrão preexistente que lhe imponha o dever legal de decidir de determinada forma.¹⁰⁹ Este é o sentido da discricionariedade proposta por Hart como solução para os casos difíceis.

Se no contexto da discricionariedade forte o juiz não está adstrito a qualquer padrão ou limitação preexistentes, pois o direito nada dispõe, então ele estaria livre

¹⁰⁶DWORKIN *apud* IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 98.

¹⁰⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 50-51.

¹⁰⁸ *ibidem*, p. 51.

¹⁰⁹ IKAWA, *op. cit.*, p. 98.

para decidir conforme suas próprias convicções políticas e morais acerca do que é melhor para o caso concreto. Agiria o juiz, portanto, como um legislador delegado, criando a lei pelo modo que lhe parecesse mais adequado.

Os positivistas não aceitam essa tese de criação de direitos, pois parecem entender que, ao decidir conforme o poder discricionário, o juiz descobre direitos preexistentes, em vez de legislar novos direitos. Dworkin discorda. Ele afirma que a solução positivista envolve, sim, a criação de novos direitos pelo juiz, pois nos casos difíceis, onde a regra jurídica não é clara, as partes – segundo a tese positivista – não têm direito institucional algum. Logo, ao se deparar com uma lacuna e fazer uso de um poder discricionário forte, o juiz estaria legislando novos direitos jurídicos *ex post facto* e aplicando-os retroativamente ao caso difícil em questão.¹¹⁰

”Em utilizando uma ficção artística acerca da discricionariedade, os positivistas tomam a posição de um escultor e sua obra: o agente não cria, mas apenas retira, de um bloco de pedra, uma figura qualquer. Não há criação; há descobrimento. Para Dworkin, ao contrário, o artista tem diante de si uma tela em branco, onde, por meio de tintas que perpassam os fios dos pincéis, dá forma a figuras diversas. Aqui não há descobrimento, há criação.”¹¹¹

Poderíamos descrever o sistema de direito de Hart como sendo composto de duas fases: uma primeira fase de existência da lei, na qual se admite apenas o uso do poder discricionário em sentido fraco, e uma segunda fase de inexistência da lei, na qual a única alternativa é o recurso à discricionariedade em sentido forte.¹¹² A adoção da discricionariedade em sentido forte revela que, na ótica de Hart, os princípios não impõem obrigações ao juiz. Somente as regras jurídicas vinculam o juiz, e quando as regras não abrangem a controvérsia, o juiz tem de recorrer a padrões *além do direito* para decidir, padrões que não derivam da autoridade da lei e, portanto, não são obrigatórios. Assim, os princípios em Hart são interpretados como meras sugestões, recomendações extrajurídicas que os juízes tipicamente empregam, mas não estão *obrigados* a observar – o juiz pode aplicar um princípio se assim desejar, mas não incorrerá em erro se escolher não fazê-lo, ainda que tal princípio seja pertinente ao caso concreto.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

¹¹¹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. *O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin*. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 11, n.2, p. 268, jul./dez. 2006.

¹¹² IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 102.

O defeito da discricionariedade em sentido forte é que, por se tratar de um poder de escolha do juiz, nenhuma decisão que venha a ser proferida poderá ser uma decisão *errada*. Podemos criticar a escolha feita pelo juiz, mas não podemos dizer que ele errou ao decidir de determinada forma. Uma vez que, segundo Hart, as partes não possuem direitos e obrigações preexistentes em casos difíceis, não há como afirmar que tinham o *direito* a uma decisão em certo sentido. Desse modo, a parte que se sentisse prejudicada pela decisão nunca poderia dela recorrer, pois a liberdade de escolha é uma prerrogativa que a discricionariedade confere ao juiz.¹¹³ Ao permitir uma escolha livre de quaisquer limitações jurídicas, o poder discricionário forte oportuniza decisões injustas, negligentes e arbitrárias, mas nunca juridicamente *erradas*.

É certo que a discricionariedade, como o próprio Hart afirmou, deve ser exercida com base em padrões de bom senso e equidade. Ao criar a lei para o caso difícil, o juiz deveria agir como um “legislador consciencioso” agiria, fundamentando sua decisão em certas razões consonantes com esses padrões. Todavia, esse argumento é insuficiente, pelo simples motivo de que aquilo que é bom, justo e equânime para um juiz pode não o ser para outras pessoas. Para citar um exemplo drástico, um juiz da Alemanha nazista poderia perfeitamente entender ser justo o encaminhamento dos judeus para o campo de concentração. O grande problema do poder discricionário forte é que ninguém pode se opor à decisão do juiz alegando que ela não foi a melhor resposta para a controvérsia.

Essa é a principal falha de Hart, no entender de Dworkin. Hart entende que, se não há um dever legal incontroverso, então não há dever legal algum.¹¹⁴ A textura aberta das normas conduz a um estágio de inexistência de direitos e obrigações jurídicos, permitindo que o juiz legisle novos direitos jurídicos insuscetíveis de contestação. Sendo assim, ao abrir espaço para o exercício de um poder discricionário em sentido forte, a regra de reconhecimento implicaria “um alto grau

¹¹³ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 67.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

de incertezas e injustiças, apontando lacunas onde, em verdade, poderiam existir deveres legais que imporiam ao juiz uma determinada decisão”.¹¹⁵

Dworkin se opõe a essa tese propondo um sistema monofásico, sem a presença de uma segunda etapa na qual seria admissível o uso da discricionariedade forte. Para ele, a falta de uma resposta jurídica clara não significa que não há *nenhuma* resposta jurídica, e assim, o fato de um caso ser difícil não é razão bastante para se permitir o uso de um poder discricionário sem bases racionais sob a ótica do direito. O juiz deve buscar uma justificação coerente para toda decisão, mesmo em casos difíceis, usando seu próprio juízo para identificar os direitos das partes, ainda quando não houver uma regra específica aplicável.

Para Dworkin, mesmo em casos difíceis, há sempre uma resposta correta, em vez de várias respostas *aceitáveis*. Mais que isso: há uma *única* resposta correta, como se uma das partes já tivesse, desde o início, o direito a uma decisão favorável. Compete ao juiz descobrir qual é essa resposta correta, em vez de criar novos direitos e aplicá-los retroativamente. Mas essa descoberta não pode ser feita por meio de um procedimento mecânico, tampouco por um apelo à discricionariedade forte. A solução correta será encontrada a partir de uma postura que o julgador deve adotar diante da controvérsia: o compromisso de encontrar a *melhor resposta possível* por meio de um critério de *integridade*.

2.3 O direito como integridade

Ao negar aos princípios o estatuto de direito, os positivistas admitem que não há qualquer resposta jurídica para os casos difíceis (aqueles que não são cobertos pelas regras jurídicas válidas, captadas pelo teste de *pedigree*). Se não há regra jurídica aplicável ao litígio, as partes não detêm direitos e obrigações preexistentes, cabendo ao juiz, por meio da discricionariedade forte, criar a lei para o caso concreto sem qualquer auxílio do direito, guiando-se por seus parâmetros pessoais de moralidade, política, etc. Antes da decisão, não há uma resposta jurídica, e tampouco uma resposta correta: qualquer que seja a solução adotada pelo juiz, ela se tornará a resposta do direito dali em diante.

¹¹⁵ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 103.

Contudo, não é isso que observamos no cotidiano jurídico. Ao decidir casos difíceis, os juízes e tribunais não se comportam como se pudessem escolher qualquer uma das alternativas postas à sua disposição, criando um novo direito para o caso concreto; ao contrário, parecem buscar nos princípios uma justificação jurídica para a decisão, fundamentando-a com base em argumentos que corresponderiam a uma resposta correta do ponto de vista do direito. Na decisão do caso *Riggs versus Palmer*, por exemplo, a Corte americana – ao negar ao assassino o direito à herança – entendeu que essa era a única resposta satisfatória e coerente com as máximas do direito costumeiro, concluindo que a parte contrária tinha o *direito* de vencer a lide. A Corte não enxergou o princípio de que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza como uma mera recomendação alheia ao direito, mas sim como um padrão que tinham o *dever* de observar para dar uma solução justa à controvérsia.

A doutrina do poder discricionário é problemática porque permite que os juízes tomem decisões *irracionais* em casos difíceis, do ponto de vista do direito. Em razão de defenderem um sistema limitado às regras, os positivistas admitem que, diante de um caso difícil, o juiz pode decidir com base em *qualquer* tipo de padrão, como um princípio de moralidade ou mesmo uma política econômica.¹¹⁶

Dworkin não aceita esse discurso. Para ele, dentro de um Estado democrático de direito, todas as decisões judiciais devem ser racionalmente jurídicas, isto é, fundamentadas em padrões de direito, e não em padrões extrajurídicos. Para tornar isso possível, deve haver um alargamento do conceito de direito, para nele incluir padrões capazes de abranger os casos não contemplados pelas regras. Esses padrões, para Dworkin, correspondem aos princípios, que, assim como as regras, são capazes de fornecer respostas jurídicas. O modelo de Hart não dá conta dessa exigência de racionalidade, pois estabelece um funil de entrada para o sistema jurídico (a regra de reconhecimento) pelo qual não passam princípios, mas somente regras.

A partir dessa concepção abrangente de direito, Dworkin sustenta que existe uma única resposta jurídica e correta para todos os casos, mesmo os difíceis. Ainda

¹¹⁶ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 77.

que não haja uma regra jurídica claramente aplicável à controvérsia, uma das partes ainda terá o direito individual e preexistente de ganhar a causa. Caberá ao juiz, portanto, descobrir quais são os direitos das partes no caso concreto, em vez de legislar novos direitos retroativamente por meio de um poder discricionário.¹¹⁷

Os princípios, para Dworkin, desempenham um papel fundamental na descoberta dos direitos em casos difíceis. Como vimos, o termo *princípios* compreende tanto as políticas como os princípios em sentido estrito, e indica os padrões jurídicos que não podem ser captados por um teste fundamental como a regra de reconhecimento. Dworkin sustenta que os princípios integram o direito tanto quanto as regras, e por isso, ele não estabelece em sua teoria um procedimento rígido de demarcação do direito (como a regra de reconhecimento), uma vez que esses testes de *pedigree* não funcionam para princípios. Não obstante, é necessário delimitar o conjunto de padrões que podem ser utilizados como base para decisões judiciais segundo Dworkin. Em outras palavras, é preciso identificar quais padrões pertencem diretamente ao direito e, assim, podem ser empregados pelos juízes para fundamentar a argumentação jurídica em casos difíceis.

Dworkin define *política* como o padrão que fomenta um objetivo coletivo, voltado para a satisfação de interesses da comunidade, e *princípio* como o padrão que promove ou protege um direito individual ou de grupo. Enquanto as políticas descrevem metas, buscando a satisfação de objetivos econômicos e sociais, os princípios descrevem direitos, buscando atingir objetivos individualizados.¹¹⁸ Nesse sentido, os princípios são dotados de um caráter distributivo direcionado ao indivíduo, considerando-o como um fim em si mesmo, ao passo que as políticas possuem um caráter distributivo direcionado à coletividade.¹¹⁹

Há muitas razões para crer que os juízes devem se preocupar, em suas decisões, com a proteção de direitos individuais e de grupo, e não com a promoção do bem-estar coletivo. Esta última tarefa é tipicamente atribuída aos poderes Legislativo e Executivo, os quais, nas democracias representativas, são formados por membros eleitos pela comunidade para criar e concretizar as políticas públicas

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127.

¹¹⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 64.

¹¹⁹ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014, p. 105.

demandadas. Os membros desses poderes contam com uma vantagem que advém do princípio democrático da soberania popular: por serem escolhidos por meio do voto dos cidadãos, detêm legitimidade (emanada do povo) para atuar no sentido de atender às demandas coletivas. Os juízes, pelo contrário, por não serem eleitos (pelo menos no Brasil), não detêm essa legitimidade, o que constitui uma “dificuldade contramajoritária”:

“[...] a legitimidade da intervenção judicial é de base técnica (aprovação em concurso público ou acesso pelo quinto constitucional), e se expressa numa atuação a posteriori (vedação da justiça de ofício), ao passo que a Administração Pública atua (para o bem ou para o mal, errando ou acertando) mas de todo modo legitimada pelo mandato popular concedido aos governantes, tratando-se, pois, de uma legitimidade de índole primária, já que o Poder, originalmente, pertence ao povo [...]”¹²⁰

Ao contrário das decisões judiciais, as decisões sobre políticas devem seguir um processo político que considere precisamente as vontades dos eleitores, levando em consideração os diferentes interesses representados pelos membros eleitos. Ainda que as democracias representativas nem sempre respeitem esse ideal, ele é melhor que um sistema no qual “juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência.”¹²¹

Embora a separação de poderes não seja, é claro, uma separação rígida, Dworkin entende que as decisões judiciais não podem ser fundadas em argumentos de política, pois isso significaria admitir uma decisão judicial pautada em elementos extrajurídicos e traduzida na linguagem finalística dos parlamentares eleitos. Dworkin sustenta que os juízes não possuem essa prerrogativa, razão pela qual as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser justificadas por argumentos de *princípio*, e não de política. Nesse sentido, a teoria do poder discricionário forte desvirtua o princípio democrático da soberania popular, ao admitir que os juízes decidam com base em políticas, impondo suas próprias razões para, como legisladores, criarem o direito para a situação apresentada.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 133.

Outra objeção às decisões judiciais geradas por políticas é o prejuízo causado pelas leis criadas *ex post facto*. Quando o juiz cria a lei e a aplica retroativamente ao caso concreto, ele sujeita as partes a direitos e deveres que não estavam em vigor quando da ocorrência do fato causador do litígio. Após a decisão, a parte perdedora terá sido condenada “não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.”¹²² Se for verdade que nenhuma das partes tem direitos ou obrigações preexistentes no caso difícil, porque o direito não dispõe sobre a matéria levada a juízo, então será injusto condenar uma das partes pelo descumprimento de uma obrigação que sequer existia à época do fato.

As decisões judiciais geradas por princípios não encontram essa dificuldade, pois pressupõem que as partes já tinham direitos e obrigações anteriores à decisão. Se o juiz consegue demonstrar, a partir de argumentos baseados em princípios, que uma das partes já tinha o direito de ganhar a causa e que a parte contrária tinha um dever correspondente, então não há injustiça.¹²³ Os princípios, ao contrário das políticas, indicam uma base de direitos e deveres que já existia quando da ocorrência dos fatos causadores do litígio.

É a partir de argumentos gerados por *princípios*, portanto, que a resposta correta de Dworkin será encontrada. Ao defender essa tese, Dworkin se opõe a todas as formas de ceticismo, pois entende que o direito contempla soluções para todos os casos concretos. Ao mesmo tempo, exclui a possibilidade de discricionariedade forte na atividade judicial, ao defender que o direito fornece uma *única* resposta correta para cada caso, repelindo a teoria positivista das diversas respostas possíveis.

Dworkin propõe, então, um novo olhar sobre a atividade judicial, introduzindo a ideia da busca pela *melhor solução possível*, que impõe ao juiz o dever de considerar todos os princípios legais e morais pertinentes ao caso concreto, para, por meio de uma atividade interpretativa, chegar à melhor solução que o direito pode oferecer. Nota-se que o descobrimento da resposta correta não se faz por um processo mecânico como um teste de *pedigree*, e por isso, Dworkin adverte que pode haver discordâncias sobre qual é a resposta correta para o caso concreto, uma

¹²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 132.

¹²³ *Ibidem*, p. 134.

vez que sua tese não envolve um método categórico para determinar qual é essa resposta.¹²⁴

Dissemos que a melhor resposta possível é obtida por meio de uma atividade judicial interpretativa. Em linhas gerais, interpretar é atribuir a alguma coisa um sentido, um significado que não pode ser apreendido por um relato simplesmente descritivo.¹²⁵ Mas sob que dimensão devemos interpretar o direito para identificar qual é a solução correta? A resposta, para Dworkin, está na moralidade. Vale dizer, a escolha da melhor interpretação possível deve ser feita sob o ponto de vista da moralidade política. Para Dworkin, o melhor sentido do direito é o seu melhor sentido *moral*.¹²⁶

Já se percebe, com isso, uma notável diferença em relação à teoria positivista, para a qual direito e moralidade são independentes. Embora a teoria de Hart esbarre na noção de moralidade quando introduz os conceitos de ponto de vista interno e aceitação¹²⁷, Hart rejeita que obrigações morais sejam relevantes na definição de obrigações jurídicas. Para ele, pode até haver coincidência entre deveres jurídicos e morais, mas não há uma interdependência necessária entre esses sistemas, sendo perfeitamente possível a existência de direitos e deveres jurídicos despidos de qualquer justificativa moral. Nas palavras de Hart:

“Sejam as leis moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres exigem atenção como pontos focais no funcionamento do sistema jurídico, que tem importância suprema para os seres humanos e independe dos méritos morais das leis.”¹²⁸

Dworkin, por outro lado, defende que “o argumento moral é um ingrediente essencial do argumento jurídico.”¹²⁹ A teoria de Dworkin é indissociável da moralidade. Para ele, a própria existência do direito está centrada na ideia de justificação moral do uso do poder coercitivo estatal.¹³⁰ Sendo assim, para cumprir o dever legal de encontrar a melhor solução possível em cada caso, o juiz-intérprete

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 128.

¹²⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28-29.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹²⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 128.

¹²⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 347.

¹²⁹ GUEST, op. cit., p. 44.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 231.

deve buscar a melhor justificação *moral* para a sua decisão, a partir da consideração das regras, princípios, valores e da história institucional do sistema jurídico. Essa é a orientação que ele deve ter em mente diante de um caso difícil. A busca por uma justificação moral oferece mais segurança que a alternativa positivista do poder discricionário, a qual não indica qualquer direção a ser seguida pelo juiz em casos difíceis.¹³¹

Mas o que significa a moralidade em Dworkin? Qual é a teoria moral que ele oferece para interpretar o direito da melhor forma possível? A moralidade, na ótica de Dworkin, se baseia na ideia de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e igual respeito pelo Estado. Esse princípio de igualdade, que é a base fundamental da teoria de Dworkin, é definido como a obrigação que tem o Estado de tratar os cidadãos governados com consideração, isto é, “como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração”¹³², e com respeito, ou seja, “como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas”.¹³³ É sob essa luz – de uma teoria moral baseada na igualdade – que as práticas jurídicas devem ser analisadas pelo juiz.

Segundo essa concepção de igualdade, não pode o Estado estabelecer diferenças no oferecimento de oportunidades, na distribuição de bens e na restrição das liberdades dos cidadãos, sob a alegação de que uns são merecedores de maior consideração ou maior respeito que outros.¹³⁴ A existência desse ideal igualitário indica que todas as pessoas têm pelo menos um direito previamente constituído – o direito de serem tratadas com igual consideração e igual respeito –, o que já descarta a ideia positivista de que não há, em casos difíceis, quaisquer direitos prévios das partes.

Por reportar-se à proteção de direitos individualizados, esse ideal de igualdade de tratamento somente pode ser apreendido pelos princípios, mas não pelas políticas, que se voltam para a realização de metas coletivas. Os princípios

¹³¹ IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014. p. 109.

¹³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 419.

¹³³ *Ibidem*, p. 419.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 419.

são dotados de um aspecto equitativo, pois traduzem direitos extensíveis a todas as pessoas, de maneira universal; já as políticas têm caráter diferenciável, eis que podem ser implementadas em favor de apenas um grupo de pessoas para atender a um interesse coletivo.¹³⁵ Em outras palavras, as políticas não se voltam essencialmente para a igualdade, mas sim para melhorias sociais, econômicas e políticas. A título de exemplo, uma política pode implementar subsídios para o segundo setor da indústria e não estender tal benefício a todas as pessoas ou mesmo a toda a indústria, mas apenas ao setor industrial que será mais efetivo no cumprimento de uma meta econômica estabelecida.¹³⁶

Por essa razão é que as políticas não podem ser consideradas como parte do direito para Dworkin. A noção de política é incompatível com as normas jurídicas, já que o direito exige universalidade, igual alcance para toda a sociedade, e somente os princípios atendem a essa exigência de equidade. Os princípios se apresentam, portanto, como a ponte que liga direito e moral,¹³⁷ constituindo padrões jurídicos legítimos e obrigatórios que servirão de base para a argumentação nos casos difíceis.

Registre-se, ainda, que o dever fundamental de tratar todas as pessoas de forma igualitária pressupõe uma justiça alicerçada na equidade, que é entendida como a “questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político da maneira adequada.”¹³⁸ Em termos políticos, a equidade se distingue da justiça porque esta se volta para as decisões que os dirigentes devem tomar – tenham eles sido escolhidos com ou sem equidade –, exigindo que suas decisões protejam liberdades e distribuam recursos de modo moralmente justificável.

Todos esses princípios – igualdade de respeito e consideração, equidade, justiça – culminam numa virtude maior que exige do Estado uma atuação uniforme no tratamento dos cidadãos. Essa virtude, que Dworkin denomina *integridade*, vai muito além da ideia de que casos semelhantes devem ser tratados de forma

¹³⁵ COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 87.

¹³⁶ Ibidem, p. 78.

¹³⁷ PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 331.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 200.

semelhante. A integridade exige que o Estado aja de modo congruente, segundo um “conjunto único e coerente de princípios”¹³⁹, dispensando a todos os cidadãos governados um tratamento conforme aos mesmos padrões de justiça e equidade. Em outros termos, a integridade é o compromisso do Estado de falar com uma só voz a todos os cidadãos¹⁴⁰, tratando-os de modo congruente com os princípios e a moralidade política da sociedade.

“A integridade é a principal virtude do argumento jurídico e é uma virtude moral na esfera política. Assim, as argumentações jurídica e moral não podem ser separadas. O argumento jurídico deve, segundo Dworkin, referir-se caracteristicamente ao direito que cada pessoa tem de ser tratada como igual.”¹⁴¹

A integridade caminha ao lado da justiça e da imparcialidade, mas com elas não se confunde. Dworkin caracteriza a justiça, em linhas gerais, como a “questão do resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos”¹⁴², e a imparcialidade como a “questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira correta”.¹⁴³ Dworkin entende que esses ideais operam de forma independente, podendo às vezes entrar em conflito. Assim, é possível pensar numa decisão *injusta* proferida por uma instituição imparcial, e, inversamente, numa decisão *justa* tomada por uma instituição não imparcial. Do mesmo modo, a virtude da integridade poderá, em certos casos, entrar em conflito com a equidade, a imparcialidade ou a justiça, caso em que estas últimas deverão ser sacrificadas em nome da integridade.

Dworkin fornece um exemplo bastante elucidativo. Suponhamos que um sistema político, sem saber se o aborto é justo ou injusto, decida adotar uma solução conciliatória, concedendo esse direito proporcionalmente ao número de votos favoráveis ao aborto na sociedade. Considerando que dois terços da população votaram contra o aborto e um terço votou a favor, seria concedido o direito de aborto apenas para uma a cada três mulheres que solicitassem esse direito, a qual seria escolhida por meio de sorteio. Embora a justiça e a imparcialidade tenham sido, em

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 203.

¹⁴⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 48.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴² DWORKIN apud GUEST, op. cit., p. 45.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 45.

tese, respeitadas, essa solução não parece satisfatória. Nossa intuição indica que há algo mais a ser buscado para justificar a solução de um caso difícil como o do aborto.¹⁴⁴

Esse “algo a mais” é a virtude da integridade, que exige que o Estado atue de maneira coerente e uniforme, com fundamento em princípios, falando com uma só voz (a melhor voz) a todos os cidadãos. Se o Estado estabelece direitos de forma desigual, não há integridade. Ainda que cada um dos direitos concedidos seja coerente em si mesmo (como no caso do aborto), é necessário que os direitos possam ser entendidos como um **conjunto único e congruente** que expresse os mesmos princípios de justiça, equidade e igualdade.¹⁴⁵

Porém, é justamente a falta de justiça, equidade e igualdade que justifica a existência da integridade. Num mundo ideal, onde todas as decisões fossem perfeitamente justas e imparciais, não seria necessário pensar em integridade, uma vez que todas as decisões já seriam naturalmente coerentes. A virtude da integridade só se faz necessária no mundo real e imperfeito, onde existem decisões injustas e parciais, e deve ser pensada como um ideal a ser seguido pelos operadores do direito, para que façam “todas as leis formarem um todo coerente, um todo que faça o Estado falar igualmente a todos os cidadãos.”¹⁴⁶

A virtude geral de integridade se manifesta em dois subprincípios: um princípio legislativo e um princípio jurisdicional. O primeiro – a integridade na legislação – exige que os legisladores criem o direito de forma moralmente congruente e harmonizada com o conjunto de princípios. O segundo – a integridade no julgamento – exige que os juízes, ao tomar decisões, enxerguem o direito de forma coerente com a moralidade e os princípios.¹⁴⁷ É esse segundo princípio que informa como a integridade se manifesta no direito e como os juízes devem usar essa virtude para decidir casos difíceis.

A esse ideal de integridade no direito corresponde a figura, criada por Dworkin, de um juiz ideal, dotado de “capacidade, sabedoria, paciência e

¹⁴⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 45-46.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 224.

¹⁴⁶ GUEST, op. cit., p. 49.

¹⁴⁷ DWORKIN, op. cit., p. 203.

sagacidade sobre-humanas”¹⁴⁸, que ele chama de juiz *Hércules*. Hércules é o juiz-modelo da teoria de Dworkin, paradigma para a identificação de direitos e deveres, especialmente na resolução de casos difíceis. Ele tem o dever legal de encontrar a melhor resposta possível, por meio de uma investigação interpretativa sobre o que os princípios e a intenção legislativa requerem em cada caso concreto, no nível constitucional, legal e do direito costumeiro.

Suponhamos que a Constituição vigente na jurisdição de Hércules disponha que nenhuma lei poderá institucionalizar uma religião. Todavia, os legisladores aprovam uma lei que concede transporte escolar público gratuito às crianças de escolas paroquiais. Coloca-se diante de Hércules a tarefa de descobrir se as crianças têm ou não esse direito.¹⁴⁹ Seria a lei inconstitucional? Ao conceder o transporte gratuito a essas crianças, a lei institucionalizou uma religião? Há razões para argumentar que sim e que não. O dispositivo constitucional não é claro a ponto de indicar uma solução exata. Mas isso não significa que o juiz está autorizado a decidir discricionariamente, adotando a solução que mais lhe aprouver.

Pelo contrário. O juiz Hércules deverá começar sua investigação se perguntando se a Constituição institui ou não uma religião oficial. Se a resposta for negativa, pois o Estado é laico, Hércules deverá buscar no sistema de princípios uma teoria constitucional que justifique a vedação à institucionalização de religiões por meio de leis. Ele poderá encontrar mais de uma teoria plausível, e, neste caso, deverá decidir qual teoria se harmoniza melhor com o sistema constitucional vigente, a partir de uma análise das outras regras constitucionais e das práticas sociais que se inserem no contexto dessas regras. Uma teoria poderia dizer, por exemplo, que a institucionalização de uma religião deve ser vedada porque pode gerar uma grande tensão social. Outra teoria possível poderia afirmar que a institucionalização de uma religião é errada porque a liberdade religiosa deve ser respeitada como direito preferencial.¹⁵⁰ Suponhamos que Hércules adote esta segunda justificativa, por entender que ela se ajusta melhor ao sistema constitucional.

Ainda assim, o trabalho de Hércules não terá acabado. Ele deverá, agora, se perguntar se o direito à liberdade religiosa obstrui a instituição do transporte escolar

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 165.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.166-167.

gratuito para crianças de escolas paroquiais. A liberdade religiosa significa que os recursos públicos não podem ser empregados em favor de nenhuma religião? Ou significa que não podem ser usados para beneficiar uma religião específica em detrimento de outras? Ou, talvez, que todas as religiões devem ser igualmente favorecidas pelos recursos públicos? Para encontrar a melhor resposta, Hércules deverá atuar como um juiz-filósofo, analisando qual teoria reflete mais satisfatoriamente a ideia de liberdade religiosa.¹⁵¹ Ele deverá formular várias teorias candidatas e avaliá-las sob os aspectos jurídico, político e filosófico em face do sistema constitucional, e a melhor teoria ao final escolhida fornecerá conceitos que deverão, ainda, ser elaborados pelo juiz para se chegar a uma resposta.¹⁵²

Trata-se de um trabalho verdadeiramente hercúleo, como se pode ver, mas isso não deve diminuir a credibilidade da teoria de Dworkin. Ele não pretende que todo juiz seja Hércules, o que de fato seria absurdo. O objetivo da figura utópica do juiz Hércules é fornecer um parâmetro de atuação, uma meta ideal a ser buscada, na medida do possível, durante a resolução de casos difíceis. Trata-se de um modelo por referência ao qual poderemos avaliar as imperfeições da vida real.

“A dificuldade que as pessoas têm com Hércules é que ele é um indicador muito mais complexo daquilo que vale como direito do que o claramente concebido e franco critério da regra de reconhecimento. Por meio de Hércules, Dworkin pode apenas fornecer um *esquema* de argumento que alguém usaria em um tribunal. Ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas das quais conclusões podem ser extraídas por meio de dedução, pela razão de que ele não pensa que o direito seja assim. Sua teoria é crítica desse tipo de compreensão positivista e formalista que seria, a seu ver, muito simples.”¹⁵³

Outro aspecto importante da integridade aplicada ao direito é a influência que as decisões judiciais passadas exercem sobre a identificação de direitos e deveres. O princípio da integridade jurisdicional exige que os juízes interpretem o direito como um todo coerente, e não como um apanhado de decisões independentes que eles podem ou não observar. Daí se segue que, segundo Dworkin, os precedentes judiciais exercem uma *força gravitacional* sobre as decisões futuras, oferecendo uma razão para que o juiz decida casos semelhantes de forma semelhante, em atenção

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.167.

¹⁵² COLANTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 99.

¹⁵³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51.

ao critério de equidade.¹⁵⁴ Se o Estado intervém em favor de uma pessoa declarando que ela possui certo direito, essa decisão poderá ser tomada como parâmetro para invocar a integridade e reconhecer o mesmo direito num caso futuro semelhante. Para Dworkin, o simples fato de uma decisão fazer parte da história política do país já oferece algum motivo para se decidir casos futuros de maneira similar.¹⁵⁵

Por certo que o juiz Hércules só deverá levar em consideração os argumentos de *princípio* usados na justificação do precedente, pois somente estes argumentos podem gerar direitos. Os argumentos de política não induzem força gravitacional, pois não exigem do governo a mesma congruência que os princípios exigem dos juízes. É claro, o governo deve manter coerência quanto às políticas que institui, mas, como dissemos, as políticas se distinguem dos princípios por conta do seu caráter diferenciável, que permite ao governo estabelecer uma política em favor de apenas um grupo específico de pessoas, e não a todos os cidadãos. É o caso, por exemplo, de uma regra que responsabiliza os fabricantes de veículos pelos danos causados por defeitos em seus produtos – neste caso, não podemos invocar a integridade para estender tal responsabilidade aos fabricantes de máquinas de lavar, pois a regra tem por base argumentos de política que se prestam a justificar uma meta coletiva.¹⁵⁶

As decisões fundadas em princípios, ao contrário das políticas, estão sujeitas à doutrina da responsabilidade política, que exige integridade e coerência na tomada de decisões. Segundo essa doutrina, as autoridades devem justificar suas escolhas levando em consideração suas decisões anteriores e a teoria política que adotam, de modo que todas as decisões possam formar um *todo coerente*. A título de exemplo, um deputado que vote contra o aborto, sob o argumento de que a vida humana deve ser absolutamente protegida em todos os seus estágios, não poderia, de forma responsável, votar a favor de uma lei que permite a interrupção do tratamento médico que mantém vivos os bebês com malformações.¹⁵⁷ Embora essas duas decisões sejam coerentes em si mesmas, não são coerentes como conjunto. A

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 176.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 179.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 137.

responsabilidade política exige uma “consistência articulada”¹⁵⁸ na tomada de decisões, para que sejam mantidas a estabilidade e a igualdade imperativas no direito.

Todavia, essa doutrina de responsabilidade não se revela tão forte quando se trata de decisões de política. Estas decisões, como dissemos, não precisam atender ao princípio de igualdade, porque visam atingir metas coletivas. Desse modo, não incorrerá em irresponsabilidade a autoridade que, buscando atingir um objetivo econômico, conceder um subsídio a um fabricante de aviões num dia e não conceder o mesmo benefício a outros fabricantes no dia seguinte. Por outro lado, os princípios devem sempre atender à responsabilidade política, já que exigem uma consistência na distribuição de direitos. Nesse sentido, assevera Dworkin:

“Um argumento de princípio pode oferecer uma justificativa para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é **compatível com decisões anteriores** que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas o argumento **não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política (grifei).**”¹⁵⁹

Em resumo, as decisões judiciais em casos difíceis devem ser fundadas em argumentos de princípio, obedecendo à doutrina da responsabilidade política e respeitando a força gravitacional dos precedentes, de modo que seja alcançada a melhor interpretação moral do direito, entendido como um corpo integrado e coerente de direitos e deveres.

Dworkin ilustra o funcionamento da integridade em casos difíceis por meio de uma alegoria que compara direito e literatura: o *romance em cadeia*. Neste projeto literário fictício, vários escritores se reúnem para escrever um romance em conjunto, cada qual ficando responsável por um capítulo. Cada romancista deverá interpretar os capítulos precedentes para escrever um novo capítulo, que será acrescentado à obra repassada ao escritor seguinte, e assim por diante. Todos os coautores possuem suas próprias ideias sobre literatura, roteiro e personagens, mas devem se adequar aos capítulos anteriores, mantendo a continuidade e a coerência da história. Devem criar, de forma unificada, o melhor romance possível, “como se

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 137.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 138.

fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.”¹⁶⁰

Cada escritor terá sua criatividade limitada pelas exigências dos capítulos anteriores, aos quais deverá se ajustar. Essa dimensão de ajuste (*fit*) é a limitação da criatividade dos autores: os capítulos subsequentes deverão ser escritos da melhor forma possível dentro dos parâmetros recebidos, de modo que sejam mantidas a continuidade, a lógica e a coerência do romance. Caso existam várias possibilidades de continuação da história, todas ajustando-se igualmente bem às limitações postas, o romancista terá de fazer um julgamento não sobre o ajuste, mas sobre a *substância* do romance¹⁶¹, avaliando qual das alternativas o tornaria melhor enquanto obra literária.

A alegoria do romance em cadeia representa o método pelo qual o juiz Hércules deve se portar diante de um caso difícil, aplicando a doutrina da integridade. Ele deve construir a sua decisão da melhor forma possível dentro das exigências da justiça, da igualdade, da equidade, da moralidade política e da história institucional da comunidade, permitindo que o direito seja interpretado como um todo integral. Assim,

“os juízes deveriam encarar a sua decisão (o ato de criação) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outro e, portanto, levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer de sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível.”¹⁶²

O juiz Hércules não descobre nem inventa o direito, e ao mesmo tempo faz as duas coisas, reconstruindo o direito caso a caso como integridade. O direito como integridade é “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”¹⁶³, pois exige que os juízes, na decisão de casos difíceis, exerçam uma atividade essencialmente interpretativa, de modo que continuem interpretando sucessivas vezes o mesmo material que já havia sido interpretado com sucesso segundo o padrão de integridade.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 276.

¹⁶¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 55.

¹⁶² CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995. p. 98.

¹⁶³ DWORKIN, op. cit., p. 273.

Por fim, faz-se necessário analisar uma importante objeção formulada contra o modelo de solução de casos difíceis aqui apresentado. Dworkin deixa claro que muitas das decisões do juiz Hércules dependerão de juízos de teoria política que poderiam ser proferidos de forma diferente por outros juízes. Por não haver um critério decisivo para determinar qual é a resposta correta no caso concreto, pode haver divergência entre decisões. Com base nisso, alguns críticos afirmam que as decisões de Hércules seriam injustas, pois derivariam de suas convicções pessoais sobre moralidade política, aproximando-se da insegurança causada pelas decisões discricionárias em sentido forte.

Dworkin argumenta contra essa crítica afirmando que Hércules não decide conforme suas próprias convicções, e sim com base na moralidade comunitária, isto é, nas convicções políticas vigentes na comunidade.¹⁶⁴ Nem sempre a decisão proferida por Hércules coincidirá com sua convicção política pessoal, pois ele é obrigado a respeitar o peso da democracia. Hércules tem o dever legal de interpretar a história institucional da comunidade durante o processo decisório levando em consideração as tradições morais vigentes, e muitas vezes sua convicção política pessoal será contrária a essa moralidade popular.

Imaginemos que na jurisdição de Hércules as tradições populares tenham firmado um direito penal contrário ao aborto. Ainda que Hércules fosse extremamente liberal, ele não poderia utilizar o seu posicionamento para decidir favoravelmente ao aborto, pois sua convicção pessoal vai de encontro à moralidade popular que moldou o direito penal do estado.¹⁶⁵ Contudo, isso não significa que Hércules sempre decidirá de acordo com a moralidade popular. A situação poderia se inverter: se na jurisdição de Hércules todas as decisões constitucionais anteriores tivessem fundamento em um princípio extremamente liberal, a ponto de exigir uma decisão a favor do aborto, então Hércules teria de decidir nesse sentido, não importa o quanto a moralidade popular condenasse o aborto. Nesse caso, a moralidade popular não poderia prevalecer, porque seria incoerente com o direito constitucional da comunidade:

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 196-197.

“Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente do princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.”¹⁶⁶

Dworkin admite que, às vezes, a decisão de Hércules sobre o que é a moralidade comunitária será passível de controvérsia. Isso ocorrerá sempre que “a história institucional tiver que ser justificada mediante o recurso a algum conceito político contestado, como a equidade, a liberalidade ou a igualdade”¹⁶⁷, sendo que várias compreensões desses conceitos seriam aceitáveis. Nesses casos, Hércules terá de recorrer ao seu próprio juízo para determinar que conceitos de moralidade são esses. No caso da controvérsia sobre o aborto, se Hércules tivesse que considerar um importante princípio de dignidade humana, ele teria certamente que empregar o seu próprio juízo para definir o que é *dignidade* de acordo com a moralidade comunitária.

Essa forma de uso da convicção pessoal é, em certo nível, inevitável, e não é de modo algum ofensiva. Pois, mesmo quando Hércules tiver de recorrer ao seu próprio juízo, ele não o fará de forma arbitrária; pelo contrário, ele deverá formar sua compreensão sobre o conceito contestado (no caso, a dignidade) examinando de que modo esse conceito é utilizado e dando o melhor de si para entender porque as pessoas que o invocam o consideram importante: “Hércules tentará colocar-se, tanto quanto possa, no contexto mais geral das crenças e atitudes daqueles que valorizam o conceito, para ver os casos claros através dos olhos deles.”¹⁶⁸

Em suma, o juiz Hércules, antes de fixar os direitos das partes, deve levar em consideração a moralidade política e as tradições morais da comunidade, de forma muito diferente do que propõe a discricionariedade forte. A concepção positivista defende que onde há uma lacuna não há direito algum, e então qualquer decisão que o juiz venha a tomar será válida e aceitável, pois, uma vez que as partes não têm qualquer direito, o juiz não poderá privá-las de coisa alguma. O juiz Hércules, pelo contrário, sabe que as partes possuem direitos institucionais mesmo em casos difíceis, e se propõe a fazer o melhor que puder para revelá-los; pois ele sabe que,

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 198.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 199.

se decidir de forma errada, estará privando as partes de algo que é seu por direito.¹⁶⁹

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 202.

3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O fenômeno da judicialização da política se traduz no gradual processo de transferência, aos juízes e tribunais, do poder tradicionalmente atribuído aos poderes Executivo e Legislativo de decidir questões de ampla repercussão política ou social.¹⁷⁰ Esse processo, que se iniciou no Brasil após a redemocratização trazida pela Constituição de 1988, ganhou maior importância à medida que passaram a ser levados ao Poder Judiciário conflitos fundados em interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), especialmente por meio da ação civil pública. Esses conflitos de grandes dimensões – que perpassam a esfera do indivíduo e atingem uma pluralidade de pessoas, ou mesmo a sociedade como um todo – constantemente se projetam para além do âmbito jurídico, abrangendo os setores social, econômico e político e também outras áreas de conhecimento, como o meio ambiente, o consumerismo, a ordem econômica, o patrimônio cultural, etc. Nesse sentido:

“[...] nos megaconflitos – campo propício à judicialização da política – não se pode exigir ou esperar que a crise seja exclusivamente de ordem *jurídica*; ao contrário, o largo espectro dessas controvérsias torna inevitável a expansão de seu perímetro, em maior ou menor irradiação, pelos campos social, econômico ou político.”¹⁷¹

Como resultado, as decisões judiciais em conflitos desse espectro acabam portando inevitável peso político, eis que repercutem amplamente nos campos político e social e estendem seus efeitos a grandes segmentos de pessoas. A judicialização da política não é um fenômeno que surge espontaneamente, mas “radica, remotamente, na recusa, na leniência ou na oferta insatisfatória de prestações primárias que deveriam ser disponibilizadas pelo Poder Público à população.”¹⁷² E, tendo em vista que o juiz, ao ser provocado pela parte, não pode recusar-se a prestar seu ofício, sob pena de obstar o acesso à justiça, os

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 3.

¹⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

¹⁷² *Ibidem*, p. 76.

megaconflitos acabam sendo resolvidos por decisões judiciais de caráter visivelmente *político*.

A judicialização da política se aproxima do fenômeno do ativismo judicial, descrito como a postura proativa do Poder Judiciário na atividade de interpretação da Constituição, a fim de expandir o seu alcance para efetivar os objetivos constitucionais. O ativismo judicial implica uma interferência mais intensa do Judiciário no espaço de atuação do Legislativo e do Executivo. Segundo Luís Roberto Barroso¹⁷³, existem três formas notórias de manifestação do ativismo judicial: a primeira é a aplicação direta, pelos juízes, de preceitos constitucionais a situações que não estão expressamente previstas na Constituição; a segunda é a declaração de inconstitucionalidade de leis, em controle difuso, com base em critérios menos rigorosos que a nítida violação ao texto constitucional; e a terceira forma, que mais nos interessa, é a imposição, pelo Judiciário, de condutas ou abstenções ao Poder Público, sobretudo em matéria de políticas públicas.

Ambas as formas de protagonismo judicial (judicialização da política e ativismo) são alvo de contínuas críticas, notadamente em razão da dificuldade contramajoritária que compromete os juízes e tribunais. Por não serem eleitos como os parlamentares, mas sim escolhidos por meio de concurso público, sem qualquer tipo de participação popular, os juízes brasileiros sofreriam de um “déficit democrático” no tratamento de matérias políticas de grande relevância, pois suas escolhas políticas não são fundadas na necessária representatividade popular, e, assim, não poderiam ser cobradas pelo povo.¹⁷⁴

Todavia, o fato é que, embora destituído de representatividade popular, o Poder Judiciário efetivamente desempenha um controle político que lhe permite invalidar os atos do Legislativo e do Executivo. Essa legitimidade se justifica, primeiramente, porque a própria Constituição atribui ao Judiciário esse poder, em especial ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Além disso, o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade variados instrumentos de

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 6.

¹⁷⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n.1, jan./jun. 2012.

controle dos atos do Poder Público, a exemplo da ação civil pública, da ação popular e da ação de improbidade administrativa, que conduzem necessariamente a uma decisão do Poder Judiciário.

Outro motivo que legitima a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas é o entendimento de que “constitucionalismo e democracia não se excluem, mas antes interagem e se implicam mutuamente.”¹⁷⁵ Em outras palavras, nem sempre o respeito aos direitos fundamentais coincidirá com uma situação em que esteja presente a soberania popular. As decisões administrativas podem estar em desacordo com os valores e direitos fundamentais, ainda que tenham sido tomadas por representantes eleitos, e nesses casos será legítima a atuação do Judiciário para salvaguardar esses direitos, independentemente de haver representatividade popular. Nesse sentido, assevera Barroso:

“[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas **a democracia não se resume ao princípio majoritário**. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, **mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos** (grifei).”¹⁷⁶

Justifica-se, portanto, a atuação dos juízes no controle de políticas públicas, que constituem o principal instrumento de realização dos direitos fundamentais sociais. Se o objetivo maior da Constituição é garantir a proteção aos direitos fundamentais, e se não há dúvidas de que o Poder Judiciário tem responsabilidade na salvaguarda desses direitos, então deve haver legitimidade desse Poder no controle das políticas públicas implementadas no âmbito administrativo e legislativo. É claro que não cabe ao Judiciário intervir, em qualquer caso, na criação e execução de políticas públicas; mas, diante da inércia dos outros Poderes ou de sua má atuação no sentido de efetivar direitos fundamentais, tem-se entendido legítima a

¹⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014. p. 6.

intervenção do Judiciário, quando provocado.¹⁷⁷ Partindo dessa premissa, parte da doutrina tem se posicionado em favor da postura ativista do Poder Judiciário, senão vejamos:

“ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. Reclama-se-lhe postura diversa da espera passiva, até ser acionado pelo interessado em despertá-lo. A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial. O Judiciário, ao lado dos demais poderes do Estado, é tão responsável quanto eles pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte e não tem o direito a sentir-se alheio ao grande projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária.”¹⁷⁸

No Brasil, o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal foi paradigmático em relação à questão do papel do Poder Judiciário no controle de políticas governamentais. Em que pese tenha restado prejudicada a análise do mérito, a ação, que versava sobre o cumprimento de políticas públicas de saúde, proporcionou a consolidação do entendimento favorável à legitimidade do Judiciário para intervir em políticas públicas visando à efetivação de direitos fundamentais. O Min. Relator Celso de Mello proferiu decisão monocrática que merece destaque:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, **poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional**, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (grifei).”¹⁷⁹

Uma decisão que reproduz muito bem a questão do controle judicial de políticas públicas é a liminar concedida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville/SC, em sede de ação civil pública promovida

¹⁷⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8, n.1, jan./jun. 2012. p. 73-75.

¹⁷⁸ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2006. p. 253.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2004. DJ: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 28 set. 2014.

contra o Município, em que o Ministério Público requereu a criação de 2.948 vagas na rede pública de ensino para as crianças em lista de espera de matrícula. A ação foi promovida após a notícia de que o Município destinaria a verba equivalente (um milhão e setecentos e cinquenta mil reais) para a construção de um estádio de futebol a ser utilizado pelo Joinville Esporte Clube, que, à época, disputava a terceira divisão do Campeonato Brasileiro de Futebol.¹⁸⁰ O juiz deferiu a liminar, determinando a criação das 2.948 vagas no ensino infantil, sob o argumento de que

“A liberdade do administrador público em Construir Estádios de Futebol para utilização de agremiações privadas e mesmo com a manutenção de programas especiais, como a Escola do Teatro Bolshoi, pressupõe que a população carente esteja minimamente atendida. Não se pode aceitar a aplicação de dinheiro público com programas especiais, enquanto a pobreza continua sem escola, saúde e saneamento básico, dentre outros direitos só-negados. **O administrador público pode escolher suas prioridades discricionariamente somente depois de cumprir com o básico; enquanto não fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades fomentadoras da iniciativa privada. E isso não precisava nem ser dito!**”¹⁸¹

Trata-se de um caso difícil que pede uma decisão política. A questão que se coloca é *como* essa decisão política deve ser fundamentada. Diante do requerimento do Ministério Público, poder-se-ia indagar: que argumentos o juiz pode utilizar para discordar da decisão tomada pelo administrador público? Quais os fundamentos de uma decisão dessa natureza? Será correto dar preferência à educação em vez de outros direitos constitucionalmente tutelados, como o lazer e a cultura, a saúde, a moradia e a assistência social? Pode o juiz fazer essa escolha, ou ela cabe apenas ao administrador?¹⁸²

¹⁸⁰ TRINDADE, André Karam. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-2.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁸¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 038.03.008229-0. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Município de Joinville. Joinville, 12 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/06marco/liminar.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁸² Alguns defensores do eixo procedimentalista entendem que não há justificativa para essas questões, e, por isso, as decisões judiciais desse tipo careceriam da necessária racionalidade argumentativa. Lenio Streck não aceita essa objeção, pois entende que conflitos de princípios não podem ser resolvidos senão no contexto de um caso concreto. Princípios não colidem “no ar”, abstratamente, mas sim numa situação concreta que exige uma escolha do julgador. Portanto, é inócua a pretensão de valorar princípios de forma abstrata. Certamente, haverá casos concretos em que o lazer e a cultura se sobreporão à educação, e casos em que ocorrerá o contrário, pois a resposta correta à luz da Constituição somente pode ser encontrada por referência a uma situação

Pela doutrina da discricionariedade forte de Hart, diante de um caso difícil em que nenhuma regra jurídica aponta ao juiz uma solução, deve o juiz fazer uma escolha entre as alternativas possíveis utilizando os critérios que achar adequados. Basta que a decisão seja justificada com base em parâmetros de razoabilidade e bom senso para que seja válida e legítima, ainda que puramente política. O juiz deve apenas decidir como um “legislador consciencioso” decidiria e, satisfeita essa condição genérica, estará livre para escolher qualquer das alternativas possíveis como solução para o caso concreto, segundo suas próprias razões pessoais e extrajurídicas.

A decisão que determinou a criação de vagas no ensino público em vez da construção de um estádio de futebol é nitidamente discricionária no sentido proposto por Hart. Não há nenhum elemento de direito que imponha uma decisão a ser tomada pelo juiz, isto é, não há um dispositivo jurídico que indique precisamente se deve ou não ser determinada a abertura de vagas no ensino público no caso concreto. Então, de acordo com a doutrina defendida por Hart, o juiz terá o poder discricionário de escolher se acolherá ou não o pedido, justificando sua escolha com base em elementos não-jurídicos.

Ao determinar a criação das vagas, o juiz, embora possa ter agido corretamente do ponto de vista político, não se baseou em argumentos jurídicos, mas sim em argumentos de política, falando a linguagem típica do administrador público. O administrador fala uma linguagem teleológica, finalística, voltada para a realização de metas coletivas e para a promoção do bem comum. Os representantes do Legislativo e do Executivo podem tomar decisões justificando-as pelo simples fato de que elas atendem satisfatoriamente aos interesses da comunidade.

Os juízes, por outro lado, não falam uma linguagem teleológica, mas sim uma linguagem *binária* e *consequencial*. Binária, pois, quando provocados, deverão decidir entre sim e não, dizendo se a parte possui ou não possui o direito pleiteado. Consequencial pois a decisão do juiz deve decorrer de um *silogismo* entre a norma e o fato; a conclusão judicial deve ser alcançada por meio da aplicação de uma premissa maior, que é o direito, sobre uma premissa menor, que é o fato concreto. A

concreta (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 99-104).

linguagem judicial não permite, portanto, que o juiz decida com base em argumentos meramente finalísticos, como faz o administrador.

É isso que defende Dworkin. A discricionariedade forte, em seu ponto de vista, induz a tomada de decisões pragmáticas e políticas, que não são pautadas em critérios de legitimidade. Em contraposição a Hart, Dworkin entende que o Estado democrático de direito exige decisões judiciais fundamentadas em padrões de direito, e não em padrões extrajurídicos. Para ele, as políticas não podem ser utilizadas como fundamento de decisões judiciais. Os juízes devem justificar suas decisões com base em argumentos de *princípio*, que são os únicos que se submetem ao ideal de igualdade e à doutrina da responsabilidade política, que impõe integridade e coerência na tomada de decisões. A resposta correta para o problema jurídico somente será encontrada a partir da interpretação dos princípios jurídicos da comunidade.

Isso não significa que Dworkin se opõe à judicialização de conflitos políticos; pelo contrário, ele entende que a transferência de algumas decisões do Legislativo ao Judiciário pode ser benéfica para a defesa dos direitos das minorias e dos hipossuficientes.¹⁸³ Como dissemos, nem sempre constitucionalismo e democracia coincidem. A judicialização da política é um dos meios pelos quais as minorias podem interferir nas decisões da classe política, seja por meio do Ministério Público, por entidades de classe, sindicatos, associações, etc. Não se pode olvidar a influência que os grupos empresariais exercem na definição de políticas públicas no Brasil, o que promove, grande parte das vezes, a acentuação da desigualdade social.¹⁸⁴ Nesse sentido, argumenta Dworkin:

“[...] nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os confere...devemos levar em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue

¹⁸³ SOUSA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. Controle judicial de políticas públicas. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

¹⁸⁴ APPIO, Eduardo. *A judicialização da política em Dworkin*. Revista Sequência, Santa Catarina, n. 47, p. 81-97, dez. 2003.

aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder...”¹⁸⁵

O problema, para Dworkin, não está na judicialização da política, mas sim no modo como os juízes fundamentam as decisões nesses casos. Ele afirma que o Judiciário tem “o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição.”¹⁸⁶ Todavia, essa atuação do Judiciário não pode ser baseada em fundamentos de natureza política, mas deve fundar-se necessariamente em argumentos de *princípio*. Embora os argumentos de política possam ser levados em consideração no julgamento, é a capacidade de explicar a decisão judicial com base em princípios que constitui o fundamento de validade e legitimidade da atuação judicial para Dworkin.

O poder legislativo não necessita de razões de princípio para justificar as leis que aprova. Bastam-lhe argumentos de política, que, segundo Dworkin, são aqueles voltados para a justificação de metas coletivas. Assim, por exemplo, podem os legisladores aprovar uma lei de trânsito que inclua regras sobre a indenização por acidentes, criando novos direitos e deveres sob a justificativa geral (e política) de que a regra favorecerá o bem-estar coletivo. Não há necessidade, para justificar a criação de uma lei, de demonstrar que os cidadãos possuem *um direito moral preexistente* à indenização em tais circunstâncias.¹⁸⁷

O mesmo não se passa com os juízes. Não pode um juiz, com base em argumentos de política, condenar ao pagamento de indenização uma pessoa que não agiu contrariamente a nenhum dever legal, criando novos direitos e deveres após o fato. Os juízes não possuem a mesma liberdade que os legisladores, pois não falam a mesma linguagem que estes, e, por isso, devem decidir com base em princípios, não em políticas. Devem os juízes “apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

¹⁸⁶ DWORKIN apud SOUSA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014. p. 13.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 292.

na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado.”¹⁸⁸

Nesse ponto reside a crítica de Dworkin à discricionariedade judicial em sentido forte: ao admitir uma decisão fundada em elementos extrajurídicos, a discricionariedade permite que o juiz decida com base em argumentos de política, falando a linguagem finalística, se assim desejar. A decisão que determinou ao Município de Joinville a criação de vagas no ensino infantil, em vez da construção de um estádio, é um claro exemplo de decisão finalística, tomada a partir de discricionariedade forte. Não há dúvidas de que, *politicamente*, essa pode ter sido a melhor decisão que o juiz poderia tomar no caso concreto, ante a visível discrepância da decisão administrativa com critérios de razoabilidade e racionalidade, já que o Município enfrentava problemas sociais sérios, como a dificuldade do acesso à educação. Todavia, embora possa parecer adequada, essa decisão não pode ser *justificada* do ponto de vista do direito, de acordo com os critérios de Dworkin; trata-se de uma decisão justificável apenas do ponto de vista político.

O que se critica é a adoção, pelo Poder Judiciário, da linguagem do administrador público, que é uma linguagem teleológica (voltada para os fins). A discricionariedade forte é arriscada porque permite esse uso finalístico da linguagem pelo juiz. Ao tomar decisões políticas, o juiz coloniza a linguagem do direito com a linguagem da política, transgredindo as barreiras que separam direito e política. Dworkin não admite que esse tipo de linguagem seja utilizada para fundamentar decisões judiciais. Para ele, a discricionariedade forte é uma forma de *pragmatismo tosco*. Conquanto o juiz possa levar as políticas em consideração no julgamento, ele deve proferir decisões utilizando-se da linguagem do direito (binária e consequencial, fundada numa comunidade de princípios), e não da linguagem política. Se não for assim, que diferença haverá entre decisões jurídicas e políticas?

Muitas vezes a discricionariedade forte acerta em cheio no alvo, porque não há outra forma de resolver o caso concreto senão concedendo os direitos que cabem aos cidadãos, por meio de uma resposta claramente política. Foi o que ocorreu no caso do Município de Joinville. Se a discricionariedade for usada com o

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 292-293.

fim de proteger direitos fundamentais, não haverá prejuízo para a comunidade; mas a crítica de Dworkin consiste na falta de critérios de *coerência* para justificar a correção de uma decisão discricionária no caso concreto.

O perigo da discricionariedade forte é que ela nos ensina, institucionalmente, que é possível proferir decisões judiciais de natureza política sem qualquer justificação coerente do ponto de vista jurídico. Até o momento, isso parece ter sido feito para defender direitos fundamentais; mas quem sabe o que ocorrerá no futuro? A mesma estrutura discricionária que permite proteger direitos fundamentais sem nenhuma justificação jurídica coerente também pode ser empregada para, eventualmente, *cercear* esses direitos sem nenhuma justificativa jurídica. Esse é o risco que se corre ao empregar a solução proposta por Hart: a estrutura da discricionariedade forte ensina o jurista, potencialmente, a utilizar-se de argumentos meramente discricionários para decidir, e isso pode muito bem, em algum momento, ser utilizado *contra* os direitos fundamentais, desde que a decisão seja *discricionariamente bem fundamentada*.

Dworkin sustenta que deve haver coerência na atividade judicial, que as decisões devem ser justificadas com base na comunidade de princípios, e isso não vem sendo feito nos casos difíceis levados ao Judiciário. Se a discricionariedade forte continuar progredindo, é possível que os juízes passem a ter o poder de, com base em argumentos meramente pragmáticos, afastar os direitos fundamentais ou não salvaguardar o respeito às pessoas, pois terão aprendido que o pragmatismo basta, e que a discricionariedade forte é suficiente para justificar as decisões judiciais.

Não há dúvidas de que, do ponto de vista lógico, é mais razoável determinar a abertura de vagas no ensino público do que a construção de estádios. Mas como se justifica essa decisão do ponto de vista do direito? Não há outra justificativa senão o uso de um poder discricionário forte. O problema dessa decisão é que ela não é passível de qualquer controle, pois não é objetivável. Não é uma decisão jurídica, mas apenas política. Se os juízes já enfrentam uma natural dificuldade contramajoritaria no tratamento de políticas públicas, é necessário que as decisões judiciais nesses casos sejam, no mínimo, fundadas em elementos principiológicos corretamente ordenados para justificar a posição adotada, para que sejam

consideradas legítimas. Se não houver essa fundamentação, nunca poderemos ter certeza de que a decisão é legítima ou de que o juiz agiu corretamente no caso concreto.

O controle judicial de políticas públicas, na ótica dworkiana, deve ser feito com base numa visão integral do direito, de modo coerente e fundamentado em princípios. Em contraposição ao critério da discricionariedade, Dworkin sugere que os casos difíceis devem ser decididos pelo juiz Hércules com base em critérios de integridade, segundo o método do romance em cadeia, mantendo a congruência com as regras, princípios, valores e a história institucional do sistema jurídico, bem como a moralidade comunitária. A menos que a decisão esteja fundamentada em princípios jurídicos, dentro da tradição da integridade, ela não poderá ser considerada uma decisão defensável do ponto de vista de sua legitimidade institucional, histórica, jurídica, etc. Em suma, ela será uma decisão meramente *política*, e não jurídica. Para cumprir o dever legal de encontrar a melhor solução possível em cada caso, o juiz deve buscar a melhor justificação *moral* para a sua decisão.

A discricionariedade forte é uma ferramenta atraente que pode funcionar muito bem em certos casos concretos. Porém, trata-se de uma estrutura perigosa, pois não é passível de controle. A mesma estrutura que permite ao juiz decidir que o Município deve abrir vagas em escolas em vez de construir estádios pode ser usada, com a mesma facilidade, para restringir direitos subjetivos. Uma vez instituída a possibilidade de decidir questões políticas com base apenas na discricionariedade, isso poderá ensejar o uso dessa estrutura para violar direitos fundamentais sem qualquer justificativa de coerência jurídica. A discricionariedade forte é um risco porque abre caminho para que o Judiciário trabalhe o direito politicamente contra os direitos fundamentais. Se admitirmos o uso indiscriminado de argumentos políticos pelos juízes como fundamento em casos difíceis, nos veremos diante de decisões cada vez mais políticas e menos jurídicas, o que poderá terminar desvirtuando o direito como instrumento de salvaguarda de direitos subjetivos.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo analisar a legitimidade de decisões judiciais discricionárias em casos difíceis, especialmente naqueles que envolvem a discordância de uma decisão tomada no âmbito administrativo. Para isso, foram estudadas duas teorias acerca da solução de casos difíceis: a doutrina da discricionariedade forte proposta por Herbert Hart e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Vimos que Herbert Hart propõe um conceito de direito como sistema formado por regras de obrigação, que podem ser identificadas por meio de um teste fundamental – a regra de reconhecimento – utilizado para distinguir as regras jurídicas válidas de outras regras sociais. Hart entende que, em razão de uma limitação natural da linguagem legislativa, nenhuma regra é completa, de modo que sempre haverá casos que não podem ser resolvidos pelas regras do sistema jurídico. Essa “textura aberta” das regras gera lacunas legais que, segundo Hart, devem ser preenchidas pelo juiz numa atividade de criação do direito pautada num poder discricionário forte.

Em outras palavras, nos casos difíceis – aqueles que não estão acobertados por nenhuma regra jurídica – seria dado ao juiz um poder discricionário forte que permite fazer uma escolha entre os interesses conflitantes pelo modo que achar mais adequado. Como não há nenhuma regra jurídica aplicável ao caso concreto, o juiz não teria o dever legal de decidir de um modo determinado, ou seja, não estaria submetido a qualquer parâmetro jurídico, podendo criar a lei para o caso difícil por meio de padrões estranhos ao direito.

Ronald Dworkin condena esse modelo, pois entende que o direito vai muito além das regras jurídicas postas. Ele acusa a teoria de Hart de excluir do conceito de direito os *princípios*, padrões extremamente importantes para a resolução de casos difíceis. Segundo Dworkin, o fato de não haver uma regra claramente aplicável ao caso concreto não significa que o direito não fornece nenhuma resposta, mas apenas indica que o juiz terá de buscar uma solução além das regras jurídicas postas. Não se justifica, portanto, o recurso ao poder discricionário forte como meio de solução para os casos difíceis.

Afirma Dworkin que, dentro de um Estado democrático de direito, todas as decisões judiciais devem ser racionais do ponto de vista jurídico, isto é, devem ser fundamentadas em padrões de direito. Ao permitir que o juiz crie a lei para o caso concreto com base em elementos extrajurídicos, desvinculados de qualquer dever legal, a doutrina do poder discricionário forte oportuniza decisões injustas, arbitrárias e juridicamente irracionais.

Para Dworkin, mesmo em casos difíceis, há sempre uma resposta juridicamente correta, que é a melhor resposta possível sob o ponto de vista moral. O juiz tem o dever legal de encontrar essa resposta por meio de uma atividade interpretativa do direito, em conformidade com critérios de coerência e integridade e respeitando a comunidade de princípios, segundo o método traduzido no *romance em cadeia*.

Vimos que as decisões judiciais em matéria de políticas públicas, a exemplo daquela que determinou a abertura de vagas no ensino público no Município de Joinville, carregam um peso político que é normal e inevitável, mas são frequentemente proferidas segundo critérios discricionários, fundamentadas em argumentos de política, e não de princípios. Dworkin condena essas decisões discricionárias, acusando-as de fugir da linguagem do direito e imiscuir-se na linguagem teleológica típica do administrador público, desvirtuando o princípio democrático da soberania popular.

Concluimos que a discricionariedade forte é uma ferramenta perigosa, pois permite que sejam tomadas decisões judiciais de natureza política sem qualquer justificativa de coerência jurídica. Se admitirmos a possibilidade da discricção forte e sem controle de Hart, eventualmente será possível usar essa mesma estrutura para tomar decisões judiciais contrárias aos direitos subjetivos e afirmar que isso é direito. E, se o próprio direito se voltar contra as pessoas, como elas poderão ter seus direitos salvaguardados? Se o próprio direito frustra nossas expectativas de termos direitos, o que faremos?

O problema institucional vivido pelo Poder Judiciário brasileiro é que os tribunais, ao utilizar-se da discricionariedade forte, proferem decisões pouco

democráticas, pois nem foram os juízes escolhidos pelo voto popular e nem as decisões estão fundamentadas em princípios jurídicos. O Judiciário acredita nos critérios de Hart; sabe que as normas fazem pouco para resolver questões complexas, e não se esforça para escolher um critério que seja mais legítimo ou mais passível de controle que a discricionariedade forte para decidir casos difíceis.

À luz de todos esses argumentos, conclui-se que a teoria da integridade de Dworkin se sobrepõe à discricionariedade forte proposta por Hart, pois impõe um critério de coerência que se mostra legítimo jurídica e politicamente, fornecendo um sistema de controle das decisões judiciais. O ceticismo sobre as regras de Hart desafia uma solução mais criativa para a manutenção de um critério de legitimidade, e essa solução é justamente a reintrodução de um argumento de natureza moral – o valor da integridade –, que preenche o lugar vazio deixado pela discricionariedade e torna o direito capaz de alcançar até mesmo os casos difíceis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *A judicialização da política em Dworkin*. Revista Sequência, Santa Catarina, n. 47, p. 81-97, dez. 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n.1, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27 set. 2014.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2004. DJ: 4 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 038.03.008229-0. Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Requerido: Município de Joinville. Joinville, 12 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/06marco/liminar.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2014.

CADEMARTORI, Luiza Valente. *Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin*. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 10, n.1, p. 215-228, jan./jun. 2005.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. *A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

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

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of New York. *Riggs v Palmer*. 115 NY 506. Nova Iorque, 8 de outubro de 1889. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

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

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

IKAWA, Daniela R. *Hart, Dworkin e discricionariedade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. *O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin*. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 11, n.2, jul./dez. 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOUSA, Pedro Ivo de; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n.1, jan./jun. 2012.

TRINDADE, André Karam. *Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-2.pdf>. Acesso em: 28 set. 2014.