



DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN DISCRETION AND JUDICIAL DECISION: BETWEEN HART AND DWORKIN

¹Nathalia Karollin Cunha Peixoto De Souza

RESUMO

Este trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial. Tentar-se-á validar a interpretação dworkiana em detrimento da hartiana como a melhor forma de consideração e aplicação do Direito. E a melhor forma de aplicação do Direito é aquela que exclui ou limita os casos de discricionariedade na decisão judicial. Os princípios indicados por Dworkin permitiriam isso, além da capacidade explícita de eles oferecerem uma justificação para o Direito.

Palavras-chave: Hart, Dworkin, Regras de reconhecimento

ABSTRACT

This work intends to analyze the theory of Hart and Dworkin regarding primarily to the following items: rules, recognition rules, principles and judicial discretion. We will make an attempt to validate the dworkian interpretation, as opposed to the hartian, as the best form of considering and applying the law. And the best way of implementing the law is one that excludes or limits the cases of discretion in the court decision. The principles indicated by Dworkin allow it, as well as explicit capacity they provide a justification for the law.

Keywords: Hart, Dworkin, Recognition rules

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Universidade Federal do Pará - UFPA, Pará, Brasil – E-mail: nathalia_k.peixoto@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

Nesse trabalho, será elaborada uma crítica à tese do “mal-entendido” defendida pelo estudioso paraense André Coelho (2015). Esse mal-entendido, segundo o comentador, dar-se-ia justamente devido à má-compreensão de Dworkin (2010, 2011) a respeito das ideias de seu antecessor, o positivista Hart (2009).

Dworkin afirmou que o direito, além de composto por regras, é formado por princípios. O sistema de regras, no geral o positivista e em particular o hartiano, é insuficiente, no mundo jurídico, como substrato para as decisões judiciais como um todo, pois, ao se basear no modelo do “tudo ou nada”, deixa margem, nos casos em que não se enquadram nessa perspectiva, para uma ampla discricionariedade judicial, isto é, ou bem a resposta é positiva ou bem ela é negativa, afora estes extremos legais, ao julgador estaria permitido decidir como bem lhe aprouvesse: conforme sua consciência, conforme seu humor cotidiano, etc. A decisão, diante desse estado de coisas, abre ampla margem para antijuridicidade. Dworkin, portanto, tenta evidenciar que há sim como se decidir juridicamente os casos concretos conforme uma resposta inelutavelmente correta, baseada em princípios.

Dworkin, para defender essa perspectiva, elabora uma ferrenha e conhecida crítica a Hart e ao seu positivismo, alegando que o modelo hartiano se enquadra no modelo “tudo ou nada” por ele combatido, e, nesse ínterim, defender o modelo de regras de Hart seria o mesmo que instaurar, na vida judicial, a discricionariedade. Somente um modelo que tomasse em consideração não apenas regras, mas também princípios, seria capaz de servir como fundamento para decisões justas e conforme o direito, pois se uma regra não possuiu vias de oferecer uma resposta para determinado caso, dever-se-á, sucedaneamente, então, recorrer aos princípios jurídicos. E decidir conforme os princípios, é decidir conforme o direito, excluídos ou, no mínimo, limitados estariam os excessos discricionários, eliminando-se, conseqüentemente, o grande fosso discricionário implantado pelo pensamento e pelas práticas positivistas.

É nesse contexto que Coelho sai em defesa do positivismo de Hart e afirma que as regras, em sentido hartiano, seriam capazes de abranger os princípios morais aos quais Dworkin se reporta e pelos quais diferencia sua teoria. E que a defesa de estudo do direito baseado em princípios acarretaria, não como queria Dworkin, a maior clareza da aplicação do direito, mas sim uma ampliação dos casos difíceis, devido à ampliação conseqüente da discricionariedade que em vez de ser diminuída é, na verdade, majorada.





Nossa crítica a esse tipo de interpretação segue no sentido oposto, crê-se ainda que o modelo principiológico dworkiano oferece a melhor saída contra a discrecionalidade e possibilita uma justiça conseqüentemente maior na aplicação do direito. E que somente seria possível o mesmo com o positivismo por meio de uma falsa simplificação dos pressupostos jurídicos.

Para explicitar as ideias sobrecitadas, optou-se por dividir o trabalho em quatro partes, excetuando-se introdução e conclusão: a primeira na qual será exposta a interpretação de Coelho tanto sobre a tese hartiana quanto sobre a tese dworkiana, uma segunda parte em que criticaremos os pressupostos dessa primeira crítica, a terceira relativa à discrecionalidade nas decisões judiciais e a última que dirá respeito à tese de “nenhuma resposta correta aos casos controversos”.

2 A EXEGESE PARAENSE SOBRE O TEMA

Coelho, ao contrapor a teoria hartiana à teoria dworkiana do direito, defende o positivismo de Hart em contraposição à teoria principiológica de Dworkin. Estratégia utilizada pelo comentador paraense é a do “mal-entendido” que Dworkin supostamente fizera àquela outra teoria.

Segundo ainda o autor, a versão dworkiana inclui na concepção de direito, além de regras jurídicas, princípios morais que “mesmo se não escritos em fontes positivadas, podem ser invocados com força jurídica para a decisão de casos difíceis” (COELHO, 2015). Com base nessa assertiva, elaborar-se-ia uma pujante crítica ao positivismo, em especial ao positivismo de Hart, que pode ser resumida brevemente conforme os seguintes tópicos: 1) o direito seria composto não apenas de regras, mas também de princípios. Hart, segundo o Dworkin da versão do estudioso paraense, teria afeiçoado que o direito seria apenas composto de regras, que ao contrário dos princípios, baseados em mecanismos de ponderação, resumir-se-iam em critérios de tudo ou nada, isto é, ou bem uma regra seria válida ou bem ela seria inválida. 2) Sendo os ordenamentos jurídicos compostos por regras e princípios, os critérios de validação formal das primeiras, isto é, as regras de reconhecimento de dada sociedade ou, ainda, os famosos testes de *pedigree*, não teriam o condão de validar, de modo igual, os princípios, pois princípios não derivam sua validade de fontes formais, como acontece com as regras, mas sim são compulsórios em função de seu conteúdo. Do qual se pode concluir que o entendimento do direito, em verdade, não pode ser composto exclusivamente por regras, mas



necessária igualmente da presença de princípios. 3) Por fim, se é verdadeiro que os ordenamentos jurídicos são compostos unicamente por regras, como teria prelecionado o positivismo de Hart (segundo a interpretação dworkiana, claro), e já que as regras não conseguem cobrir toda a magnitude do jurídico, permanecendo, assim, sempre a possibilidade de muitas brechas no direito, ficaria aberto, conseqüentemente, um amplo espaço para que as autoridades decidissem como bem lhe aproovessem, ou seja, um amplo espaço para a discricionariedade. A discricionariedade, nesse sentido, é o espaço abonado aos juízes para decidirem conforme a sua consciência, quando as regras de direito não forem, de antemão, suficientes para fazê-lo. Se o direito, ao contrário, fosse também composto por princípios, a discricionariedade judicial (e as injustiças dela derivadas) seriam aplacadas, pois sendo as regras de direitos finitas e limitadas, não se podendo sempre recorrer a elas, restariam sempre princípios pelos quais se fundamentar. Os princípios, por sua vez, seriam suficientes também para fornecer uma única resposta correta aos casos concretos.

Ressaltando a amplitude da teoria hartiana do direito, Coelho, em seguida, contradita cada um dos pontos que resumiriam a tese de Dworkin, alegando que: 1) as regras de Hart não se baseariam no critério de “tudo ou nada” indicado por Dworkin, tanto é verdade que o próprio Hart admite a possibilidade de “uma zona de foco e uma de penumbra” (COELHO, 2015), mas sim num critério de convergência sócio-comportamental. 2) Os princípios de Dworkin possuiriam as características necessárias para atuar como uma submodalidade do modelo de regras hartiano já que eles são, inevitavelmente, adotados pelos juízes em uma convergência generalizada de atitudes (critério sócio-comportamental). 3) O teste de *pedigree*, o qual Dworkin resume ao sentido de regra de reconhecimento, não sintetiza, em verdade, o sentido de regra de reconhecimento hartiana. Para Dworkin, as regras de reconhecimento de Hart avaliariam a validade tão-somente de regras (que valeriam pela derivação de uma fonte, não em virtude de seu conteúdo), e não de princípios. Em Hart, as regras de reconhecimento não se subsumem apenas à derivação de uma fonte, mas também “de outros critérios amplamente encontrados nas regras de reconhecimento das várias comunidades jurídicas” (COELHO, 2015). As regras de reconhecimento, para Hart, por sua vez, são regras secundárias que fixam critérios de validade para todas as outras regras, e como as regras abarcam os princípios, elas fixariam, do mesmo modo, critérios de validade para esses últimos. 4) Nesse último sentido, as regras de reconhecimento não são leis escritas, mas sim *práticas sociais* de determinado lugar e em determinada época. Para identificar a regra de reconhecimento de uma comunidade, basta observar como seus funcionários identificam o



direito vigente. E se é verdadeira, também, a afirmação de Dworkin de que “diante dos casos difíceis, os juízes recorrem a princípios morais que estão implícitos no material jurídico disponível e nas decisões do passado” (COELHO, 2015) é também verdade que pode servir como regra de reconhecimento do direito de uma comunidade a extração ou o reconhecimento desses fatos morais implícitos. Nesse sentido, tanto regras, quanto princípios requereriam alguma regra de reconhecimento para serem válidos. É preciso que o comportamento das autoridades convirja no sentido de, por exemplo, reconhecer o procedimento de extrair princípios morais implícitos, o que também seria uma forma de identificar o direito válido.

Por fim, fala-se, em apartado, sobre a discrecionalidade judicial. Para Dworkin, a discrecionalidade judicial é mãe de injustiças. Um sistema baseado apenas em regras, devido à sua limitação, seria lugar propício para que a discrecionalidade se instaurasse. Ao contrário, em um sistema composto tanto por regras, quanto por princípios isso provavelmente seria evitado, pois quando as regras já não fossem capazes de dar respostas aos casos concretos, os princípios passariam a agir de maneira concomitante. Desse modo, mesmo que uma decisão não se estribasse unicamente em regras jurídicas, elas, ainda assim, teriam respaldo no direito, mas, nesse caso, na juridicidade ofertada pelos princípios. Coelho, todavia, aponta dois furos nessa proposição. O primeiro diz respeito à ideia de que Hart não teria defendido *normativamente* a discrecionalidade, o filósofo apenas a teria constatado *descritivamente* do mundo dos fatos.

Descritivamente ele a constataria (a discrecionalidade), mas nada obstaria, em verdade, de o juiz estar obrigado a, normativa e moralmente falando, eleger, dentro do espaço discricionário surgido, a opção mais sensata dentre todas as alternativas disponíveis. Porém, mesmo que a autoridade escolhesse seguir pelo caminho de uma decisão menos adequada aos casos concretos, essa decisão seria tão válida quanto outra decisão que se considerasse mais oportuna. Disso se deduz que optar ou não por uma decisão mais adequada possui tão-somente um condão moral e valerá tanto quanto uma decisão menos sensata.

Além disso, tem-se ainda a tese “das várias respostas possíveis” a um mesmo conflito real, mesmo nesse ponto a discrecionalidade não estaria descartada, pois que a escolha entre uma e outra resposta não se daria juridicamente, mas sim baseada em outros critérios não-jurídicos e, como se sabe, critérios não-jurídicos não podem ser juridicamente obrigatórios, mas apenas moralmente obrigatórios. Em síntese, mesmo que os juízes se deparem com a discrecionalidade, disso não se segue que normativamente devam escolher ao acaso, eles se encontram moralmente obrigados a optar pela melhor saída, apesar de que juridicamente não possam sê-lo. A tese da única resposta correta dworkiana ainda pode ser refutada com fulcro



na noção de que mesmo entre juízes diante de um mesmo caso não existe unanimidade. E mesmo que Dworkin considere a opinião da maioria seja a melhor resposta possível, nada impediria a constatação, descritivamente tomada, de outras soluções possíveis. O último ponto defendido por Coelho é que os princípios não diminuem a discricionariedade, mas, antes, a ampliam, ao levar em conta vários outros fatores.

Por último, Coelho cognomina todos os equívocos empreendidos por Dworkin sobre a tese de Hart de “mal-entendidos”. Mal-entendidos, todavia, que seriam de cometimento comum à maioria dos grandes filósofos a respeito das teses arguidas pelas escolas que lhes antecederam.

3 DESCONSTRUINDO A SUFICIÊNCIA DA ACEPÇÃO DE NORMA DE RECONHECIMENTO EM SENTIDO SÓCIO-COMPORTAMENTAL

Nesse item sustentaremos que a interpretação de Coelho sobre Dworkin não é capaz de abarcar em toda a sua amplitude a perspectiva dworkiana. A interpretação do autor, embora muito perspicaz, não dá cabo do que levantou o jusfilósofo Dworkin. Diante disso, oporemos uma outra forma de interpretação daquilo que se pode compreender como regra de reconhecimento, cerne da querela Hart-Dworkin.

Acreditamos ser verdadeira a simplificação elaborada por Dworkin do positivismo, em especial o hartiano. O positivismo não se reduz aos argumentos levantados por Dworkin e nisso o pensamento de Coelho foi acertado. Seria banal toda a teoria de Hart se a simplificação que faz Dworkin fosse, em seu todo, verdadeira. Dworkin realmente arguiu que as regras de reconhecimento hartianas equivaleriam a um teste de *pedigree* que servisse apenas para atestar a hereditariedade, ou não, da derivação de fontes formalmente considerada.

Segundo Hart, a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juízes, que as formularam para decidir casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro. Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen* (DWORKIN, 2010, p. 64).

Acreditamos, como Coelho também observou, que, para Hart, a regra de reconhecimento tem muito mais a ver com a constatação de padrões sócio-comportamentais, presentes de maneiras diversas nas diversas sociedades do que com a hereditariedade de fontes acima descrita. Em outras palavras, a regra de reconhecimento, segundo o Hart da versão de Coelho,



equivale a um padrão de comportamento amplamente aceito que valida certas atitudes como jurídicas ou não.

Nesse sentido, a regra de conhecimento seria apenas constatada, extraída, descrita do mundo dos fatos como um padrão que convalida outros padrões de conduta. Exatamente como Coelho, cremos ser verdadeira tal afirmação. Porém, utilizando Hart contra ele mesmo(e, nesse diapasão, Coelho contra ele mesmo), pode-se citar que, segundo o próprio filósofo, o que distingue uma sociedade primitiva de uma sociedade complexa onde o direito, nos termos que o conhecemos hoje, é amplamente utilizado, é que existem outros testes de validação da normatividade jurídica que não a mera aceitação generalizante de determinada regra. Como se pode observar:

As normas que orientam a vida do grupo não formam um sistema, mas consistem simplesmente num conjunto de padrões isolados, sem nenhuma característica identificadora comum, exceto, é claro, pelo fato de constituírem normas aceitas por um grupo específico de seres humanos (...). Em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza (...). Pois, evidentemente, tal procedimento e o reconhecimento de algum texto ou pessoa autorizados supõem a existência de normas de um tipo diferente das normas de obrigação e dever (HART, 2009, p. 119-120).

Se apenas constatar a aplicação corriqueira de uma regra fosse suficiente para dizer o direito, nada poderia servir como critério para diferenciar, por exemplo, “regras jurídicas costumeiras de regras morais costumeiras, ambas poderiam ser consideradas como direito” (DWORKIN, 2010, p. 67). Sabe-se, contudo, que nem toda obrigação moral existente em uma sociedade é sancionada como se direito fosse. E, como já sublinhado no excerto do próprio Hart, se o que diferencia as sociedades atuais desenvolvidas das comunidades tribais de outrora é a sua capacidade de oferecer um teste de validade para separar o que é jurídico daquilo que não é jurídico, a regra de reconhecimento hartiana que se resumisse a um aspecto sócio-comportamental nada teria a oferecer que servisse de filtro de validação para o direito.

Ao contrário, a regra de reconhecimento, no sentido ofertado por Hart, já que ela apenas descreve, serviria apenas para afirmar que “quaisquer outras regras aceitas pela sociedade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias” (DWORKIN, 2010, p. 68), e nada teriam a oferecer como um teste de juridicidade, nada diferindo daquelas sociedades tribais que aferiam as regras de juridicidade pela sua aceitação. Desde modo, a razão de ser, de fato, uma “regra” é solapada, pois o direito assim seria o que simplesmente acontece na sociedade. Se o direito é o que inevitavelmente acontece, então não haveria porque ele



ser ainda regulamentado ou, então, o direito passaria a servir somente como um padrão de correção para aqueles que deixassem de fazer aquilo que habitualmente se faz.

Desse modo, a regra de reconhecimento tornar-se-ia uma não-regra, bem como tanto sociedades primitivas quanto sociedades complexas possuiriam regras de reconhecimento – não possuindo qualquer diferença entre elas – que diriam que tudo o que é aceito como obrigatório de fato o é. O próprio Hart ridicularizou o fato de que se possa entender que a regra de reconhecimento do direito internacional se resume em mera repetição vazia de certos padrões de conduta.

Essa noção, mais de seu intérprete do que do próprio Hart, ainda possui uma segunda consequência, pois se a regra de reconhecimento equivale tão somente a um padrão de conduta consolidado, as “verdadeiras” regras de reconhecimento, as regras “supremas” de validação normativa, correriam o risco de não serem aceitas pela comunidade como obrigatórias, pois, muito provavelmente, elas, em vários aspectos, seriam capazes de desdizer mesmo comportamentos amplamente divulgados. Em outras palavras, as regras de reconhecimento que deveriam dizer o direito, criam um direito que não é obrigatório e as regras que mesmo que sejam inválidas do ponto de vista da regra suprema, ainda sim poderiam ser obrigatórias dado o seu reiterado exercício.

Conforme o exposto, então, a aceitação de regra de reconhecimento não pode nem deve se resumir à compreensão de uma regra advinda de um padrão observável de conduta corroborada pelo mero uso.

Nem mesmo Hart resume seu posicionamento somente aos efeitos sócio-comportamentais exaltados por Coelho. No capítulo IV, d’*O conceito de Direito*, que aborda a questão da soberania, Hart sustenta que o mero hábito de obediência não é capaz de definir o direito: “o mero hábito de obediência às ordens dadas por um legislador não é capaz de, por si só, outorgar ao novo legislador o direito de suceder o antigo e dar ordens em seu lugar” (HART, 2009, p. 70). Para que esse direito exista no momento da sucessão, deve ter havido na sociedade, durante o reinado do legislador anterior, uma prática social geral mais complexa que o simples modelo de hábito de obediência.

E que prática social mais complexa seria esta que não o mero hábito, que não a mera repetição generalizada ou legitimada pelo uso? Essa prática, segundo Hart, é baseada na aceitação da comunidade da norma segundo o qual o novo legislador tem o direito à sucessão. Porém, a aceitação não possui apenas o caráter externo observável que Coelho ressalta. Para constar como norma, essa aceitação deve possuir igualmente um caráter interno, e é o seu caráter



interno de aceitação que a faz diferir do mero hábito de obediência. O caráter externo, portanto, pode ser entendido com uma convergência observável de comportamento, por exemplo, que um observador externo a um sistema veria que determinadas violações de direito são seguidas por reações hostis do Estado. O caráter interno, por sua vez, poderia ser sintetizado no fato de os indivíduos que estivessem dentro desse sistema vissem uma razão para essa mesma hostilidade (HART, 2009).

Mas acontece que mesmo esse caráter interno responsável por dá peso normativo aos padrões de conduta, ainda sim é visto ao sabor da discricionariedade, já que em Hart, como na verdade em todos os positivistas, nunca se questiona o porquê que tal conduta dever ser realmente vista como um padrão a ser seguido. Nunca se oferece, de fato, uma justificativa.

As regras de reconhecimento no sentido hartiano são derivadas da constatação fática de como *são* as coisas na concretude. As regras de reconhecimento, em um possível sentido dworkiano, prezariam não apenas em descrever a realidade como ela está, mas também em propor uma outra, elas pretensamente diriam como *deve ser* essa realidade, como devem ser as regras ou quais os princípios estariam mais aptos a uma aplicação concreta. Assim, algo além da mera aceitação sobrepunha um entendimento mais adequado dessas regras de reconhecimento.

Uma vez tais princípios e políticas fossem aceitos como direito e, portanto, como padrões que os juízes deveriam seguir ao estabelecer obrigações jurídicas, seguir-se-ia que as regras como as anunciadas pela primeira vez nos casos *Riggs* e *Henningsen* retirariam sua força, pelo menos em parte, da autoridade dos princípios e das políticas e, portanto, não inteiramente da regra suprema de reconhecimento (DWORKIN, 2010, p. 69).

Do excerto acima podemos retirar o seguinte entendimento: das regras de reconhecimento em sentido hartiano o direito surge como reflexo de um comportamento relativamente reiterado entre os membros de uma comunidade, ou seja, a regra de reconhecimento reconhece e consagra o direito pelo uso que se faz dele. No caso de nosso pretense sentido dworkiano (não necessariamente utilizado por Dworkin nesses termos, mas que aqui nos utilizamos como analogia) de regras de reconhecimento, a prática reiterada de um comportamento, não seria suficiente para legitimá-lo. Nesse contexto, a autoridade das regras de direito não estaria fundada num reflexo prático-cognitivo da realidade, mas sim retirariam seu fundamento *a priori* da autoridade dos princípios e da política.

O sentido dworkiano, nesses termos, corresponderia ao “padrão que se deve seguir”, já o sentido hartiano de normas de reconhecimento poderia ser entendido como o comportamento que “deve ser seguido porque é um padrão”.



Para ilustrar o acima exposto, podemos dizer que a prática do assassinio em uma dada comunidade não é suficiente para validar o assassinio como um padrão a ser seguido. A regra de reconhecimento de Hart com o seu padrão sócio-comportamental não é suficiente para invalidar um comportamento imoral como este. Se o que prevalecesse fosse tão somente um padrão comportamental então a lei contra homicídio em países em que o homicídio é uma prática comum, deveria também ser abolida. Os princípios, ao contrário, funcionariam como filtros de validade mais eficientes do que as regras de reconhecimento hartianas por serem justamente proposições morais *a priori*.

Como outro exemplo, podemos citar que em determinada comunidade indígena, um sem-número de casos de infanticídio foram cometidos porque tais crianças possuíam algum tipo de debilidade física e tirar-lhes a vida foi a forma encontrada de antecipar aquilo que a própria natureza selvagem em pouco tempo faria com aqueles que não estão aptas à caça, à guerra e à dura sobrevivência.

Podemos realmente afirmar esse tipo de fato e até, talvez, comprová-los ou dizer que eles foram “úteis” em dado momento. Porém, muito dificilmente se poderá afirmar com precisão ou com base em resultados observáveis o porquê de que tirar a vida de infantes é bom ou mau apenas descrevendo que esses fatos se sucederam. Desse modo, os princípios dworkianos oferecem um filtro moral muito mais espesso de análise dos casos concretos, algo que a mera descrição seria incapaz de fazer.

Coelho parece olvidar que os resultados ou práticas que são *descritos*, não necessariamente estão *justificados*, e que não é possível definir ou justificar que algo é bom ou mau apenas descrevendo, é preciso crer que algo seja bom ou mau, e esta crença, sabemos, não pode ser testada. Somente se convence de que algo é bom ou mau, se se é possível justificar como tal *argumentativamente*, as explicações causalistas de Hart, nesses termos, parecem ser insuficientes. O bom e o bem são o “verdadeiro”, e dificilmente se justificará o motivo da crença nessa ou naquela verdade simplesmente descrevendo.

Os princípios, nesse viés, podem oferecer uma justificação para o que se tem como direito ser realmente direito, sem a necessidade de recorrer-se à discricionariedade (próximo tópico a ser abordado). Pois se o direito é, como dito, um *a priori*, então não há que se falar em espaços ou lacunas que o juiz deverá preencher com seu livre discernimento, ele (o juiz) deverá recorrer não mais às regras, pois que insuficientes, mas sim aos princípios de direitos existentes.



“Desse modo, não seria possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir os princípios” (DWORKIN, 2010, p. 69), pois os princípios morais aos quais Dworkin se refere possuem uma estrutura diametralmente oposta tanto no que diz respeito às regras primárias quanto às regras secundárias ou de reconhecimento de Hart. Os princípios possuem, por natureza, um conteúdo moral *a priori*, isto é, não contingente, que não mudará tão (mas não de maneira inflexível) simplesmente porque mudaram as sociedades, enquanto que, no que tange às regras, é frequentemente observável sua variação no espaço e no tempo.

Nem mesmo nossa pretensa regra de reconhecimento (em sentido dworkiano) poderia dar conta dos princípios, pois para servir como regra, precisaríamos arrolar todos os princípios em vigor e nisso seríamos mal sucedidos. “Eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela” (DWORKIN, 2010, p. 70).

Enfim, pode-se dizer que o argumento do mal-entendido de Coelho a respeito da má compreensão das teses de Hart por Dworkin não se aplica. Pois somente estaria equivocado Dworkin se a existência do padrão sócio-comportamental das regras de reconhecimento de Hart fosse suficiente para ditar o direito, mas nem tudo que se descreve está de antemão justificado. Já que a convergência habitual de comportamento não serve, nem mesmo para Hart, para determinar a normatividade, algo além até mesmo da aceitação em *âmbito interno* de normas, é necessário. Precisar-se-ia recorrer a mandamentos morais *a priori* ou, mais juridicamente falando, aos princípios de direito.

4 DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL

No que tange à discrecionalidade, ela, conforme visto no tópico precedente, não teria sido defendida em nenhum momento por Hart – quiçá o próprio Hart podendo evitá-la, evitá-la-ia –; mas sim é ela apenas constata, extraída, descrita do mundo dos fatos.

Se optássemos pelas regras primárias e secundárias ou de reconhecimento hartianas, isto é, se optássemos pelo modelo positivista, inevitavelmente, a autoridade judicial teria de recorrer, dada a insuficiência ou as brechas existentes nas regras, à discrecionalidade para criar regra nova e, assim, constranger o cumprimento de obrigação determinada, pelas partes.

A brecha de discrecionalidade é aplacada, pela lei nova criada pela autoridade, quando da aplicação do próprio direito, não antes. A regra que se aplica não existia anteriormente, ela foi assim criada quando da necessidade de decisão. Essa é a noção que se





deve ter de discricionariedade fruto da aplicação somente de regras de direito. Dworkin queria evitar a qualquer custo essa possibilidade, pois, segundo ele, seria dar poderes demais à autoridade, gerando assim outras injustiças. “O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto*, e não tornar efetiva uma obrigação já existente” (DWORKIN, 2010, p. 71).

No entanto, se, ao contrário, as obrigações jurídicas fossem fundamentadas em, para utilizar os termos de Dworkin, uma “constelação de princípios”, excluída estaria a possibilidade de aplicação discricional, pois sendo os princípios *a priori*, a obrigação jurídica já existiria, desde antes de sua efetivação, estabelecida, como deve ocorrer no direito. Porém, o modelo positivista hartiano, estimula que se olvide o recurso a esses princípios. Permitindo, consequentemente, que o direito se fundamente no que não é jurídico: na moral, na convicção pessoal, no humor, etc., pois mesmo que o juiz esteja moralmente obrigado, como no início se abordou, a optar pela saída mais coerente, ele, de fato, juridicamente, nunca estaria compelido a tanto. As saídas menos adequadas seriam sempre uma possibilidade à espreita que o recurso aos princípios, em sentido dworkiano, poderia evitar.

5 DECISÃO JUDICIAL E AS DUAS TESES: A TESE DE “VÁRIAS RESPOSTAS CORRETAS” E A TESE DE “NENHUMA RESPOSTA CORRETA” EM CASOS CONTROVERSOS

Outro argumento que serviria como fundamento da discricionariedade judicial é o presente na obra *Uma questão de Princípio*, de Dworkin. Trata-se do argumento de que supostamente “não haveria nenhuma resposta correta para os casos concretos”. Já que não há uma resposta correta, caberia tão-somente à consciência do juiz a definição sobre o que seria, no caso concreto, o mais justo. Mesmo que, como levantado por Hart, isso não corresponda a uma discricionariedade absoluta, mas sim a uma discricionariedade mínima e inevitável e que mesmo diante dela o juiz se encontre moralmente obrigado a escolher pela melhor saída, em verdade, ele não estaria juridicamente obrigado a escolher pela melhor resposta existente ou, pior, o juiz poderia mesmo escolher qualquer uma dentre todas as respostas porque, valorativamente falando, todas possuiriam o mesmo peso, não havendo uma melhor do que a outra.

Outro argumento amplamente difundido, apesar de diverso, possui as mesmas consequências, de modo que a maioria das coisas que abordarmos sobre a tese de que não haveria nenhuma resposta correta também vale para ele. O argumento de “várias respostas



corretas” levaria igualmente o juiz à discricionariedade, já que ele se encontraria induzido a recorrer à sua própria opinião (ou moralidade). E o recurso à sua moralidade pessoal não seria uma forma garantida de se efetivar a justiça. Nesse sentido, o recurso aos princípios de direito, no sentido atribuído por Dworkin, seria ainda a melhor forma de se continuar no campo do direito.

Outro argumento em favor da tese de nenhuma resposta correta (e, nesse sentido, também em favor da tese de várias respostas corretas) é o fato de não se ter como, objetivamente, definir qual, dentre todas as respostas existentes, é a melhor e que deva ser levada em consideração, isto é, não haveria um metro qualitativo que fosse competente o suficiente para discriminar objetivamente (ou, o mesmo, não haveria um fato concreto) o melhor argumento ou a melhor saída. Não havendo como isso se definir, o juiz poderia optar livremente entre todas as respostas, pois todas se encontrariam equiparadas e não existiria uma definição objetiva de qual delas seria a mais benfazeja. Esse viés argumentativo então conclui que, não se tendo definido a melhor saída, a real ou a saída verdadeira, todas as soluções seriam igualmente falsas. “Essa tese afirma que se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira, depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para a sua veracidade possam ser conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira” (DWORKIN, 2001, p. 204).

Dworkin contesta justamente essa premissa, pois não é o mesmo afirmar que não existe nenhuma resposta correta e o argumento de que por existem várias posições defensáveis e por não existir um critério objetivo para revelar qual delas é a verdadeira, todas sejam falsas. Não afirmar uma assertiva não é sinônimo de negação dessa assertiva, bem como não é o mesmo alegar que quando existem várias posições defensáveis que todas sejam *igualmente* defensáveis e que todas tenham indistintamente razão. Isso somente quer dizer que assim como uma mesma assertiva tem razão, ela, em outras partes, pode não ter.

Somente seria possível acreditar racionalmente que uma proposição é verdadeira, mesmo que sua veracidade não seja demonstrada depois de conhecidos e estipulados todos os fatos concretos, se houvesse alguma outra coisa no mundo em virtude da qual ela pudesse ser verdadeira. Mas se não há mais nada, não se pode acreditar racionalmente que ela é verdadeira; a impossibilidade dos fatos concretos em fazê-la verdadeira teriam esgotado qualquer esperança de fazê-la verdadeira (DWORKIN, 2001, p. 205).

Mas, se, por outro lado, crê-se existir no mundo algo a mais que os fatos brutos, e para isso Dworkin defende a existência de “fatos morais”, então resultaria falsa a tese de nenhuma resposta correta. Por exemplo, deve existir no mundo algo que nos permita sempre ver como



injusta a escravidão e que isso não seja apenas um fato retirado do mundo real. Mas que permita ver, independentemente da opinião das pessoas, a escravidão como injusta.

Outro exemplo que se pode dar é justamente a questão dos princípios abordada no tópico antecedente. Nunca de fato alguém pôde enxergar um princípio, quando não, amiúde, eles não são vislumbrados nem mesmo nas normas positivadas. “Não é o tipo de fato que seja, mesmo em princípio, demonstrável por métodos científicos comuns” (DWORKIN, 2001, p. 206). Porém, o fato de não se poder, fática, objetiva ou cientificamente, comprovar-lhes a existência, não é o suficiente para atestar, também objetivamente, que eles inexistam. Todavia, a existência de princípios é a possibilidade mais consistente existente de se evitar a discricionariedade no ato judicial. Se princípios não existissem, aí sim, a discricionariedade, nos termos propostos por Hart, seria inelutável, pois não haveria nada juridicamente a que se recorrer.

Esses fatos morais seriam, por conseguinte, comprovados se eles atendessem ou não à finalidade da atividade prática ao qual se destinam. Sua existência, portanto, é justificada pela sua aplicabilidade aos casos concretos, “vai depender se a atividade como um todo atende a algum propósito valioso e se o atende melhor do que o faria uma forma modificada da atividade” (DWORKIN, 2001, p. 211). Assim, há, segundo Dworkin, uma resposta correta aos casos concretos, e essa resposta aos casos concretos é a resposta que melhor se adapta a eles. A resposta correta nasce na atividade da própria aplicação do direito. E a atividade jurídica é dada argumentativamente. O melhor argumento oferece a melhor justificação, o melhor fundamento. A resposta correta existe e é fornecida pela prática jurídica, mesmo que ela não possa ser “cientificamente demonstrada”.

A tese exótica de nenhuma resposta correta, ou a tese, igualmente excêntrica, de que várias respostas são equivalentemente defensáveis são difíceis de serem vistas na prática, isto é, é de rara observação uma unanimidade de respostas totalmente incorretas e uma unanimidade de respostas integralmente corretas. Exemplo disso é que os juristas, efetivamente, podem ter dúvidas de qual sejam os melhores conceitos, dentre os vários conceitos existentes, de liberdade e igualdade, mas afirmar que todos eles são falsos, não é algo que se concretize tão facilmente, bem como é raro de se observar que os juízes considerem como valorativamente iguais todas as saídas jurídicas, sempre haverá uma alternativa que prepondere sobre as demais, mesmo que na opinião deles.

Assim, o argumento da inevitabilidade discricional é rechaçado, pois tanto na tese de nenhuma resposta correta quanto no caso da tese de várias respostas defensáveis preponderará



no caso concreto, não tão simplesmente, como diria Coelho, uma convergência de comportamento em direção ao melhor argumento, pois nada obstará que a opinião da maioria estivesse equivocada, então a teoria que oferecerá a melhor justificação é a que evidencia uma maior *dimensão de adequação* e uma mais coerente *dimensão de moralidade política*. “A dimensão de adequação supõe que a teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra” (DWORKIN, 2001, p. 213), bem como a dimensão da moralidade política “supõe que, se duas justificativas, oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política e moral, isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm” (DWORKIN, 2001, p. 214).

É interessante nesse ponto destacar que, em *Uma questão de princípio*, Dworkin alega não serem seus argumentos *a priori*, o que seria desdizer a interpretação nossa no que tange a aceção de princípios extraída da obra *Levando os direitos à sério*. Mesmo que Dworkin sustente nessa primeira obra (cronologicamente falando) que a discrecionalidade seria aplacada com o recurso aos princípios que de antemão já existiriam – algo que as regras, por incapacidade própria, não seriam competentes para executar, deixando margem assim para decisões discrecionárias –; ou seja, que não deixaria de haver fundamento jurídico as decisões que não se ativessem estritamente às regras, pois haveria um outro jurídico que servisse previamente como tal, permitindo-se concluir pela necessidade de um fundamento *a priori*, em *Uma questão de princípio* existe a asserção explícita de que ninguém se poderia fundamentar “simplesmente valendo-se da tese da demonstrabilidade ou de argumentos *a priori*” (DWORKIN, 2001, p.215). E que, portanto, os argumentos que justificariam a presença ou não de uma justificativa coerente não se dariam antecipadamente, mas sim nasceriam no ato da própria argumentação, isto é, *a posteriori*. Entretanto, Dworkin afirma, como já observado, “que deve existir no mundo algo que nos permita sempre ver como injusta a escravidão e que isso não seja apenas um fato retirado do mundo real. Mas que permita ver, independentemente da opinião das pessoas, a escravidão como injusta”, antevendo assim um argumento *a priori* ou, o mesmo, metafísico. Cremos que mesmo que Dworkin queira eleger uma teoria construtivista, não se muda o fato de ele não conseguir excluir de suas considerações a metafísica. O próprio argumento a respeito da existência de fatos morais permite enxergar isso. Somente algo extra-fato conseguiria embasar essa hipótese. Portanto, nossa interpretação vai no sentido de que o recurso à metafísica, mesmo que seja negada pelo filósofo, é ainda assim inevitável em sua obra,



sendo irremissíveis elucubrações apriorísticas. Todavia, não nos deteremos mais do que isso nelas, assunto para, talvez, um próximo ensaio.

Diante do exposto, a resposta correta então nasce, como já dito, com a própria aplicação¹ do direito. Porém, mesmo que ela ofereça a melhor justificação ou o melhor argumento, nada garante que, ante as vicissitudes dos casos concretos (a corrupção dos juízes, por exemplo), ela seja realmente escolhida. Logo, o argumento descritivista da convergência de comportamento não encontraria apoio, bem como também cairia por terra o argumento da discricionariedade, pois, mesmo que outros fatores levem os juízes optarem por respostas inadequadas, nada justificaria todas como igualmente plausíveis ou igualmente corretas ou igualmente incorretas, sempre haverá a melhor resposta a determinado caso, além de esses juízes estarem não mais moralmente, mas sim juridicamente obrigados a buscar por tais saídas.

1 Intuímos que, muito embora haja a necessidade de uma fundamentação *a priori*, isso não exclui a totalidade dos argumentos *a posteriori*, isto é, que nascem no momento da aplicação. Crê-se que há, todavia, um cerne apriorístico que não elimina a necessidade de adequação aos casos concretos.



6 CONCLUSÃO

Pretendeu-se demonstrar com o até então exposto que o modelo principiológico dworkiano é o que oferece ainda a melhor aplicação do direito, além de diminuir os casos de discricionariedade judicial. Se não há princípios aos quais se recorrer, a discricionariedade, inevitavelmente, seria a única saída possível. Porém, se há, contudo, algo ao qual se recorrer, então, dever-se-á, ante a falha das regras de direito, recorrer a esse algo a mais: aos princípios jurídicos ou em considerações de justiça. A tese de que Hart não teria elaborado uma defesa da discricionariedade, mas teria apenas constatado do mundo dos fatos, é ainda uma defesa indireta da discricionariedade. Somente não pode ser vista como uma defesa descarada, porque se recorre ao pressuposto de que não há saída, de que a discricionariedade é a única via possível. O modelo positivista hartiano convence pela sua simplicidade e alegar que a discricionariedade judicial é ainda aumentada com fulcro na aplicação de princípios é apenas a afirmação indireta de que o modelo mais simples oferecerá resposta mais simples. Todavia, mesmo que se deva buscar clareza e fundamentação, não se deve fazer isso às custas de uma simplificação ilusória, devemos buscar essa nitidez e essa fundamentação em meio a própria complexidade. Não é se excluindo a complexidade humana inata que se obterá melhores respostas para o Direito.

REFERÊNCIAS:

- COELHO, André. **Resposta aos mal-entendidos de “O modelo de regras I”**. Disponível em <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 14/11/2015, às 14:00 horas.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.