

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Carlos Ogawa Colantonio

**A questão da racionalidade jurídica em Hart e em  
Dworkin**

São Paulo  
2011

Carlos Ogawa Colontonio

## **A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Filosofia do Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Filosofia sob a orientação do Prof. Dr. José R. Novaes Chiappin

São Paulo  
2011

## RESUMO

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.

O objetivo desta pesquisa é apresentar o modelo racional jurídico elaborado por Hart e o modelo racional jurídico elaborado por Dworkin, assim como a crítica realizada por Dworkin em face do Conceito de Direito oferecido por Hart. O positivista, Herbert Hart, propõe que o direito é formado por um sistema de regras primárias e regras secundárias, sendo que uma regra de reconhecimento é responsável por identificar quais regras estão ou não incluídas em tal sistema. Caso seja apresentado um problema que não é resolvido por uma regra reconhecida pelo critério, deverá o julgador apelar para a discricionariedade. Dworkin, em um primeiro momento, criticará o conceito de Hart, alegando que o seu critério de demarcação entre o que é direito e o que não é direito é insatisfatório, por deixar de reconhecer vários elementos como jurídicos, uma vez que a regra de reconhecimento, sendo um *teste de pedigree*, não é capaz de captar princípios de direito não legislados e direitos e deveres controversos. Ademais, há um erro na teoria positivista de Hart, ao afirmar que os casos não claramente resolvidos por uma regra serão resolvidos a partir da arbitrariedade da autoridade estatal. Posteriormente, Dworkin oferecerá um modelo de direito que dê conta da realidade jurídica, em seu entendimento. Um modelo em que o jurista, a partir do *equilíbrio reflexivo* e do axioma da *equidade* poderá deduzir teorias possíveis para responder problemas do direito, identificando, dentre estas teorias, qual é a melhor resposta, sendo portanto a resposta exigível para a solução da lide concreta.

**Palavras-chaves:** Regra de reconhecimento; Hart; Dworkin; Conceito de Direito; Critério de demarcação.

## ABSTRACT

COLONTONIO, Carlos Ogawa. The question of rationality of law in Hart and Dworkin. 2010. 135 f. Thesis (Master Degree) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

The objective of this research is to present the rational legal model presented by Hart and rational legal model presented by Dworkin as well as criticism made by Dworkin in the face of the Concept of Law offered by Hart. The positivist, Herbert Hart, proposes that the right is formed by a system of primary rules and secondary rules, and a rule of recognition is responsible for identifying what rules are or are not included in this system. If presented with a problem that is not resolved by a rule recognized by the criterion, the judge should resort to discretion. Dworkin, at first, criticize the concept of Hart, claiming that his criterion of demarcation between what is right and what is not right is unsatisfactory, for failing to recognize various elements such as legal, as a rule of recognition , being a test of pedigree, not able to capture the principles of law and not legislated rights and duties controversial. Furthermore, there is an error in the positivist theory of Hart, asserting that the cases do not clearly resolved by a rule will be resolved from the arbitrariness of state authority. Later, Dworkin offer a model law that embraces the legal reality in his mind. A model in which the lawyer from the reflective equilibrium and the axiom of justice may deduct possible theories to address problems of law, identifying, among these theories, what is the best answer, the answer is therefore required for the solution of the dispute concrete.

**Key Words:** Rule of recognition; Hart; Dworkin; Concept of Law; Demarcation criterion.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1. A TEORIA POSITIVISTA DO DIREITO DE HERBERT HART	10
1.1. O conceito de direito para Hart e seu critério de demarcação	10
1.1.1. O problema da obrigação (jurídica)	10
1.1.2. O conjunto de regras primárias aceitas	16
1.1.3. As regras secundárias e o conceito de direito	19
1.1.4 O critério de demarcação, a aceitação da regra de reconhecimento e a validade jurídica.	24
1.2. A incerteza da linguagem, a textura aberta e o poder discricionário	28
1.2.1. A incerteza e a textura aberta das regras e dos precedentes	28
1.2.2. A queda do conceitualismo e o levante do ceticismo	30
1.2.3. A solução de Hart para a textura aberta das regras: o poder discricionário	36
1.3. O critério de demarcação do direito de Hart e seu modelo de solução de casos controversos.	47
CAPÍTULO 2. A CRÍTICA DE DWORKIN À TEORIA POSITIVISTA DE HART	51
2.1. Inconsistências da regra secundária de reconhecimento	52
2.2. Inconsistência da teoria das regras sociais e das obrigações incontroversas	57
2.3. A teoria ad-hoc do poder discricionário	65
2.4. Exemplos	69
CAPÍTULO 3. A TESE DOS DIREITOS DE DWORKIN – PRINCÍPIOS E DIREITOS CONTROVERSOS COMO PARTE DO MUNDO JURÍDICO	73
3.1. Os princípios como padrões jurídicos	74
3.2. A tese dos direitos – construção de uma teoria	90
3.2.1. Direitos institucionais e a teoria da natureza da instituição	90
3.2.2. Construindo a teoria da natureza da instituição do direito – os direitos jurídicos	97
3.2.3. A responsabilidade política, a coerência articulada e a teia inconsútil	101
3.2.4. Subjetivismo / intersubjetivismo político e o equilíbrio reflexivo	106
3.2.5. A melhor resposta é a resposta certa	111
3.3. O critério de demarcação do direito de Dworkin e seu modelo de solução dos casos controversos	115
CONCLUSÃO	123
BIBLIOGRAFIA	134

## INTRODUÇÃO

As teorias positivistas do direito que surgiram especialmente no decorrer do século passado defendiam a tese de que o direito é formado de elementos postos, de normas jurídicas que existem de forma objetiva após passar por um procedimento mecânico de criação (por exemplo, um processo legislativo). O conceito de direito poderia ser resumido na existência de um ordenamento jurídico ou de um sistema jurídico (nas teorias mais sofisticadas).

Com o passar do tempo começaram a surgir críticas aos modelos positivistas. Eclodiram, primeiramente, ataques em face dos sistemas jurídicos nazistas e fascistas, que eram considerados legítimos por serem formalmente válidos, apesar do conteúdo injusto e indigno das normas. Críticas posteriores se dirigiam à insuficiência das leis postas em regular uma série de direitos fundamentais que pertenciam a todos os homens, especialmente na seara dos direitos humanos.

Já no final da segunda metade do século XX, as dúvidas em face do positivismo refletiam-se acerca da capacidade dessas teorias em realmente descreverem como é a prática do direito, já que, como é dito pelos céticos, há indícios de que as decisões judiciais atuais deixem de lado as regras de direito em nome de alguns outros padrões (que poderia ser a arbitrariedade dos magistrados).

Este trabalho tem como meta analisar como se deu um desses ataques. Pretendemos estudar a crítica que Ronald Dworkin exala contra a teoria de Herbert Hart, concebedor de uma das teorias mais complexas e aclamadas do positivismo anglo-americano, evidenciando quais são as falhas que o ofensor encontra no modelo de direito de Hart, e qual a teoria que ele oferece em substituição àquela que ele pretende destruir.

Veremos que a crítica de Dworkin centraliza-se na tese de que o modelo

positivista em voga é uma teoria que não descreve a realidade jurídica da Inglaterra e dos Estados Unidos, uma vez que é insuficiente em seu critério demarcatório, que exclui de sua delimitação do que é direito uma série de elementos que são reconhecidamente jurídicos na prática, como os padrões dos princípios e os direitos e deveres controversos.

Em face desse modelo positivista inconsistente será ofertada uma outra teoria de direito, não positivista em sentido estrito, que procurará descrever com acuidade a realidade do direito. Uma teoria que possa explicar como os padrões jurídicos não postos e direitos incertos podem ser considerados dentro de uma racionalidade jurídica.

Aparentemente, é plausível dizer que a correção proposta seria de menor dimensão. Dworkin critica a teoria de Hart por ela ser incompleta e oferece, em troca, um modelo suficientemente encorpado para acrescentar alguns detalhes inicialmente negligenciados. Ver-se-á que essa ideia é errônea, pois argumenta que o problema do positivismo não se encontra em sua incompletude ou integralidade menor, mas sim na sua base de conhecimento, que considera que apenas o que passa por um teste definitivo e conclusivo de verificação é direito, isto é, somente elementos objetivos fazem parte do mundo jurídico, o que, na visão de Dworkin, não se adéqua à maneira como nos comportamos em relação às instituições públicas legais e judiciais.

O direito, como será avaliado nas afirmações de Dworkin, não é um sistema calcado em um critério mecânico de verificação, mas sim uma estrutura de teorias que se articulam a partir de pressupostos axiomáticos, a partir de uma consistência de não-contradição e dentro de uma metodologia hipotético-dedutiva.

As principais fontes do trabalho serão as obras *O conceito de direito*, de Herbert Hart, e *Levando os direitos a sério*, de Ronald Dworkin.

No texto de *O conceito do direito*, o autor inglês irá expor a sua teoria

positivista do direito, demonstrando sua defesa de que há um sistema que corteja as regras primárias de deveres e direitos com as regras secundárias constituintes, o que o leva a necessitar de uma doutrina do poder discricionário do juiz para decidir os casos difíceis. É, em suma, a principal obra teórica de Hart e, portanto, de grande importância para o nosso trabalho.

O livro *Levando os direitos a sério*, por outro lado, é uma coleção dos primeiros artigos que Dworkin escreveu contra o positivismo e a favor de sua tese dos direitos. Escolhemos essa obra pelo fato de reunir os principais pontos da ofensiva contra o positivismo de Hart, e por conter o primeiro modelo que Dworkin desenvolve para substituir o que ele chama de *teoria dominante do direito* (união do positivismo com o utilitarismo). É este primeiro modelo que nos importa mais, já que é essa a tese construída como oposição ao racionalismo conclusivo do positivismo.

Começaremos o nosso estudo com a análise da teoria de Hart, que ocupará todo o primeiro capítulo da monografia. Inicialmente será apresentado o conceito de direito como um sistema integrado por regras primárias e regras secundárias. Será explicada a necessidade de regras secundárias moldando e definindo as regras primárias. Esclareceremos, após apresentar a definição de direito, os motivos que levaram Hart a crer que existe uma área de incerteza dentro das regras jurídicas, a *textura aberta*, e a adotar uma doutrina do poder discricionário para os casos difíceis.

No segundo capítulo será analisada a crítica de Dworkin. Veremos que a teoria de Hart será acusada de ser um modelo insuficiente para descrever a realidade jurídica, já que seu critério de demarcação, pautada em uma regra de reconhecimento e na certeza consensual dos direitos, deixará muitos elementos jurídicos de fora do sistema de regras primárias e secundárias. Além de insuficiente, o modelo positivista também será culpado de afirmar erroneamente que as decisões judiciais tomadas diante dos *hard cases* são decisões irracionais, do ponto de vista do direito, o que é incorreto quando verificamos que as sentenças dos casos difíceis insistem que seus fundamentos são motivações de direito.

Finalmente, no terceiro capítulo, serão traçadas as linhas gerais da resposta de Dworkin ao sistema falho de Hart. Será analisada, em um primeiro momento, a importância dos padrões conhecidos como princípios para a teoria de Dworkin. Posteriormente, descreveremos em detalhes o modelo metodológico hermenêutico oferecido como teoria mais adequada a refletir a realidade da prática jurídica. Estudaremos, por fim, por que se defende que a resposta juridicamente correta seria a melhor teoria, isto é, a hipótese mais equilibrada e consistente, e não a teoria conclusivamente dada como verdadeira.

## Capítulo 1. A TEORIA POSITIVISTA DO DIREITO DE HERBERT HART

### 1.1. O conceito de direito para Hart e seu critério de demarcação

#### 1.1.1. O problema da obrigação (jurídica)

Definir o direito é uma atividade que nunca escapará da própria atividade de definir o que é uma obrigação jurídica. A ideia central de que “onde há direito, aí a conduta humana torna-se, em certo sentido, não-facultativa ou obrigatória”<sup>1</sup> evidencia a correlação (ontológica) entre um e outro termo. Se o objetivo do direito é algo entre a concepção ordeira do controle social e a concepção humanista da manutenção da dignidade humana, a sua finalidade provavelmente será a de ditar alguns comportamentos que serão exigidos em certas circunstâncias de certas pessoas. Hart, ao pretender conceituar o direito, primeiro deverá passar pelas problemáticas envolvendo o que é “ser obrigado”.

As obrigações possuem sua razão de ser calcadas em valores e situações culturais, envolvendo, frequentemente, questões de ordem, de segurança ou de proteção. As condutas humanas são obrigatórias ou proibidas (obrigação de não-fazer) por algum motivo especial relacionado a uma série de questões morais (como as leis penais que pretendem proteger bens como a vida ou o patrimônio) ou questões afetas à própria existência do Estado (como as obrigações tributárias que visam à manutenção dos cofres públicos).

O que, todavia, essas razões de fim não explicam expressamente são os fundamentos pelos quais as pessoas submetidas à sua obrigatoriedade a respeitam ou a desrespeitam. Pode-se invocar que seria do interesse individual ou coletivo,

---

<sup>1</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:92)

praticar uma conduta que almejasse um bem comum, mas não se pode de antemão afirmar que as obrigações são adimplidas apenas por essa situação.

O problema, em outras palavras, é se os cidadãos, de alguma forma, são compelidos a exercerem as condutas obrigatórias ou compelidos a deixarem de exercer as condutas proibidas? Esse compelimento baseia-se na promessa de dissabores ou de violência em face do transgressor? Ou se trata não de uma compulsão exterior, mas de um senso de obrigatoriedade baseada em uma espécie de “sentimento de responsabilidade”?

J. L. Austin (na leitura de Hart)<sup>2</sup>, por exemplo, é compromissário de uma “teoria da sanção”. As obrigações jurídicas emanam dos comandos de um agente ou grupo soberano competente para expedir regras e ordens. Essas obrigações devem ser cumpridas sob pena de ser submetido o violador da regra a uma sanção, ou seja, a um fenômeno que, de alguma maneira, afetará negativamente os seus interesses (como a prisão nos casos da violação das obrigações penais, a multa no caso das transgressões dos deveres do trânsito ou como a resilição de um negócio jurídico no descumprimento das obrigações contratuais).

O agente submetido a uma obrigação cumpriria o dever não porque acredita na legitimidade da conduta ou porque aceita os resultados e os fins almejados pela regra, mas sim porque ele é, de alguma forma, compelido a exercer a conduta a fim de não ser sancionado ou apenado. O receio de uma interferência maléfica na zona privada de interesses é o ponto tônico que motiva o cidadão a cumprir com os deveres do ordenamento jurídico ao qual está submetido.

A teoria de Austin,<sup>3</sup> assim, oferece um modelo dual e prático de regra. De um lado, há uma imposição à vontade do cidadão que envolve um claro sacrifício por parte do obrigado, que deve agir ou deixar de agir de acordo com a conduta ordenada. Do outro lado, existe a imposição de uma consequência negativa à qual

<sup>2</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007: 93 e seguintes)

<sup>3</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007: 26-31)

será submetida a pessoa que descumprir a obrigação. A primeira premissa é satisfeita com o fim de afastar a segunda premissa.

Ocorre que este modelo, segundo Hart, oferece apenas uma perspectiva externa da concepção da obrigatoriedade de uma lei. O cumprimento e a obediência civil, aqui, baseiam-se em um sentido estrito de probabilidade; cumpre-se uma obrigação porque é bastante provável que um efeito nocivo desencadeie-se da sua transgressão. O súdito não se curvaria em face das exigências da lei por um sentimento de legitimidade ou de utilidade do comando dado, mas seria coagido apenas porque da desobediência decorre o mal previsto pelo descumprimento.

Se o direito fosse o que Austin afirma ser, um conjunto de ordens coercitivas, poder-se-ia explicar a obrigatoriedade do direito através da perspectiva de um mero expectador externo do direito. Para descobrir quais são as normas cogentes de uma determinada sociedade política, bastaria estabelecer uma tabela da conduta humana, isto é, a porcentagem de pessoas que realizam determinado ato diante de uma situação e a porcentagem de pessoas que deixam de realizar tal ato e são apenadas.

De tal pesquisa, em primeiro lugar, é possível descobrir se há ou não uma regra obrigacional em relação aos casos de obediência. Haverá uma obrigação nas situações em que é possível prever que uma conduta humana ocorrerá de certa forma porque, em casos anteriores, assim foi feito sempre (ou, pelo menos, muito frequentemente). Se um comportamento se repete com frequência, possivelmente se deve ao cumprimento de uma obrigação.

Por outro lado, também é possível verificar a existência de uma obrigação diante dos casos de desobediência. O expectador externo anotaria a consequência dos eventos de desobediência aos comandos dados aos súditos. Se da omissão em relação à vontade da ordem sempre (ou frequentemente) desencadeasse um *mal* para o violador, uma sanção, o estudioso do direito poderia avaliar que há uma

obrigação jurídica, pois foi averiguado que do seu descumprimento decorre uma pena instituída. O descumprimento da regra é, em última instância, apenas o fator de predição de que uma hostilidade ocorrerá.<sup>4</sup>

Em suma, haveria uma obrigação porque as pessoas frequentemente cumprem os comandos do soberano ou porque as pessoas frequentemente são sancionadas por não seguirem os comandos do soberano. Funda-se a obrigação no fato de que as pessoas obedecem ou não obedecem (e são sancionadas) as ordens e os comandos. Funda-se a obrigação não em um sentido de que as pessoas acreditam na obrigatoriedade de uma determinada lei ou regra, mas sim no sentido de que, “de fato”, as pessoas se comportam ou não de determinada maneira quando coagidas. O expectador externo apenas avalia que existe uma obrigação se verificar que as pessoas são repetidamente compelidas a tal atitude.

Um exemplo do livro *O Conceito de Direito* é o do semáforo vermelho. Um estudioso da sociedade, dotado de um ponto de vista externo das regras, analisaria o comportamento dos motoristas em um cruzamento movimentado da cidade e concluiria que é muito provável que os motoristas parem seus veículos quando o semáforo fica vermelho na sua via. “Ele trata a luz (do semáforo) apenas como um sinal natural de que as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um sinal de que virá chuva”.<sup>5</sup> O expectador não vê nada além de uma série de fatos.

Ocorre que a visão do expectador externo é insuficiente, na ótica de Hart, para explicar porque uma obrigação de direito deve ser e é cumprida.

Não haveria, a partir do sentido do direito como mero conjunto de normas coercitivas, como separar as normas jurídicas de um Estado das ordens de um assaltante; ambos, soberano e ladrão, ordenariam certas condutas às pessoas sob seu jugo, condutas que se não realizadas dariam ensejo a um provável castigo.

<sup>4</sup> HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:100)

<sup>5</sup> HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:99)

Quem observasse de fora poderia dizer que existe tanto a obrigação de seguir as leis como a obrigação de seguir os comandos do criminoso.

Assim, 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.

E daí se tira uma outra conclusão do insucesso da tese de Austin (sob a ótica de Hart). Se uma obrigação jurídica funda-se em uma noção de hostilidade provável, a obrigação seria extinta caso, factualmente, pudesse o obrigado afastar qualquer chance da ocorrência da sanção. Não havendo a penalidade não haveria o elemento fundante da obrigação. Seria, assim, uma “contradição dizer que tinha a obrigação, por exemplo, de se apresentar ao serviço militar, mas que, devido ao fato de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia ou tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo”.<sup>6</sup>

O expectador externo, portanto, não é capaz de dizer porque uma obrigação jurídica é obrigatória. Ele somente pode oferecer uma análise estatística do comportamento dos membros de determinada sociedade.

Para entender a natureza de uma obrigação deve-se analisar o direito como um integrante da sociedade destinatária das normas de direito e não como um expectador externo. Para aquele submetido à uma obrigação, a transgressão de

---

<sup>6</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:94)

uma regra não é um fator atuarial de hostilidades pela parte do Estado; a transgressão é, por si só, razão substancial da hostilidade. O membro ordinário de um grupo não respeita as regras obrigacionais por acreditar que há uma grande possibilidade de “ser pego”; ele as cumpre, pois se sente obrigado psicologicamente àquela conduta, e não pelo fato de poder ser efetivamente compelido a cumprir uma ordem. A obrigação continua a existir mesmo que a pessoa acredite que não será obrigado fisicamente pela sanção.<sup>7</sup>

Para Hart, esse sentimento de “ter a obrigação” em contraste com “ser compelido” se dá em relação a um certo “ponto de vista interno” possuído pelos membros de um grupo submetido a um conjunto de regras jurídicas. O ponto de vista externo, apesar de capaz de anotar a regularidade em que uma sanção segue uma transgressão, não é capaz de reproduzir como as regras funcionam como regras jurídicas (como normas e obrigações) a partir do ponto de vista interno das pessoas.<sup>8</sup> A obrigação jurídica transcende a mera expectativa de fatos de uma pessoa e infiltra-se na concepção de dever de cada pessoa. A transgressão de uma obrigação deixa de ser apenas a base para a predição de que se seguirá uma reação hostil, mas passa a ser uma razão principal para a hostilidade.<sup>9</sup>

Surge, aqui, a questão da *autoridade*. Uma prescrição somente se tornará obrigatória, necessária e juridicamente vinculante quando ela se manifestar com autoridade. Se há uma grande diferença entre a ordem de um gangster e a regra que emerge de uma lei parlamentar é que esta é dotada de autoridade (jurídica) enquanto aquela não o é. A lei satisfaz o ponto de vista interno das pessoas, enquanto o comando do gangster apenas aparenta ser obrigatório para o expectador externo.

A obrigação, desta maneira, terá como suporte um padrão verbal dotado

---

<sup>7</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:93)

<sup>8</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:99-100)

<sup>9</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:100)

de autoridade; a obrigação deverá se suportar em uma regra dotada de autoridade.<sup>10</sup> Os membros de um grupo, a partir de seu ponto de vista interno, veem a autoridade de uma regra jurídica (ou social) da mesma forma que um filho vê a autoridade nas ordens de sua mãe (mas não nos comandos de uma estranha qualquer). As regras sociais possuem um vínculo normativo porque, de uma forma que somente pode ser descrito internamente (por um cidadão, mas não por um sociólogo “alienígena”), são reconhecidas como “adequadas” para criarem deveres.

Destarte, a existência de uma obrigação pressupõe a existência de uma regra dotada de autoridade. O estudo de Hart encontrará duas fontes para a autoridade das leis: ou a regra possui autoridade porque ela é *aceita* pela comunidade como uma regra apta a criar direitos e deveres jurídicos ou a regra possui autoridade porque ela foi criada conforme um procedimento adequado (e previamente aceito pela comunidade) para a criação de padrões jurídicos e ela é uma norma *válida* de direito.

Será estudado, primeiramente, o conjunto de regras que assenta a sua autoridade na aceitação mútua dos membros da sociedade ou comunidade.

### 1.1.2. O conjunto de regras primárias aceitas

As regras sociais que dispõem sobre obrigações, deveres e condutas são aquelas regras que, em outras palavras, “dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas”.<sup>11</sup> São chamadas de regras primárias na teoria de Hart.

A autoridade de uma regra primária pode vir da simples aceitação dela

---

<sup>10</sup> A ideia de ter obrigações inclui a existência de regras sociais. HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:95)

<sup>11</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:91)

como um padrão que impõe uma obrigação, isto é, um sacrifício aos interesses pessoais, que deve ser seguido devido à sua importância. *Aceita-se*, a partir do ponto de vista interno, que aquela regra tem autoridade para criar uma obrigação, um dever. A imposição da regra aceita é de tal magnitude que é grande a pressão social exercida sobre os que dela se desviam ou ameaçam desviar.

A união dessas regras aceitas forma um conjunto único das regras primárias de uma sociedade; um conjunto precário que não pode ser considerado ainda um sistema de normas, já que pela natureza das próprias regras, que não se assemelham, não há um ponto em comum entre os padrões que pode ser reconhecido por um critério (a não ser pelo fato de serem regras aceitas pela comunidade). Esse conjunto, em geral, constitui o grupo de regras sociais que impõem os deveres consensualmente e voluntariamente acolhidos por uma sociedade não sofisticada ou até mesmo primitiva.

Hart afirma que uma sociedade que conte apenas com tal conjunto de regras de obrigação carece de um real sistema de direito. O mero agrupamento de regras primárias é insuficiente para formar um corpo normativo jurídico distinto de outras regras sociais, como as regras morais e as regras religiosas. É um conjunto primário que ainda não é um sistema e não dispõe de um critério de demarcação.

A precariedade do agrupamento de regras de imposição se evidencia em três defeitos.<sup>12</sup>

O primeiro defeito diz respeito à própria natureza do conjunto. Há uma mera aglutinação de todas as regras sociais que uma comunidade aceita em um rol comum de normas. Não há uma característica comum às regras que permitisse identificar tais padrões como sendo jurídicos (e não de outra espécie). A falta de um critério de demarcação de uma regra, que determinasse o que é direito e o que não é, transforma o conjunto de regras aceitas em um caldo comum de controle social,

---

<sup>12</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:101-103)

mas não em um sistema fechado moral, jurídico ou de qualquer tipo.<sup>13</sup> Há na estrutura social uma incerteza insuperável<sup>14</sup> sobre o que são, ou não, normas de direito.

O segundo defeito diz respeito ao caráter estático das regras. O conjunto de regras aceitas pela sociedade se forma, cresce, enfraquece e se altera em consonância com um processo lento de modificação social e cultural. As obrigações surgem e desaparecem sem planejamento, sem a interferência direta das pessoas, ao sabor da álea e do destino. Não há um procedimento concreto que, caso adotado, permita que a comunidade ou um membro desse grupo crie ou altere deveres e direitos. A mera aceitação de regras que dispõem sobre deveres carece de métodos para tornar o conjunto de padrões dinâmicos, não existindo, por exemplo, processos legislativos e processos contratuais.

O terceiro defeito reside na ineficiência da pressão social difusa para a manutenção de regras aceitas. Uma comunidade primitiva que apenas conte com um rol de regras primárias não terá, em geral, funcionários públicos que possam decidir<sup>15</sup>, definitivamente, se uma obrigação aceita pela comunidade foi violada ou não. Por só contar com regras que definem obrigações, faltam regras que atribuam poderes (mais exatamente, nesse caso, o poder de jurisdição).

Por ser incerto, estático e ineficiente, o conjunto de regras obrigacionais aceitas não forma um sistema hermético e, por esse motivo, não pode formar um sistema jurídico. O problema, portanto, é a fonte de autoridade das regras primárias (a aceitação) que não permite separar as regras jurídicas das demais regras de controle da sociedade. Uma sociedade complexa, que possua um sistema jurídico,

---

<sup>13</sup> Hart, portanto, defende que a ideia de um sistema de regras está ligada intimamente à existência de um critério de demarcação, de uma regra que determine um padrão comum que deve ser obedecido para se pertence a um sistema. Sistema seria, portanto, um conjunto hermético de entidades criterialmente selecionados.

<sup>14</sup> A incerteza trazida pela textura aberta das regras, por sua vez, será uma incerteza superável na concepção de Hart, através do exercício de escolha discricionária dotada de autoridade judiciária (veja adiante).

<sup>15</sup> Sendo esta uma decisão com autoridade, ou seja, com capacidade de afetar o mundo das regras

não pode assentar a autoridade das regras de tal sistema numa aceitação generalizada dos membros da comunidade política.

A autoridade pela aceitação seria suficiente para uma teoria da moral ou para demonstrar quais regras de etiqueta existem atualmente. Para o Direito, todavia, Hart terá que encontrar uma outra fonte de autoridade para as regras primárias; terá que encontrar algo que dê base, que classifique, que demarque, que possibilite alterar e sanear um sistema de regras primárias jurídicas. As três regras secundárias, propostas no capítulo V do livro *O Conceito de direito*, darão conta destes problemas. Regras essas que fundamentam a autoridade dos padrões prescritivos jurídicos na *validade* e que serão detalhadas na seção seguinte.

### 1.1.3. AS REGRAS SECUNDÁRIAS E O CONCEITO DE DIREITO

Um dos erros identificados por Hart na teoria de Austin foi a afirmação de que o único tipo de regra existente é aquela ordem do soberano que impõe deveres aos súditos. Esta teoria é demasiadamente incompleta por não admitir que existem padrões de outra natureza dentro da teia jurídica; regras que não impõem deveres ou obrigações.<sup>16</sup>

Austin falhou ao deixar de lado, em sua tese, a existência de outros tipos de regras, de regras que concedem poderes. Esta falha é fatal para qualquer teoria do direito, por impedir a existência de um real sistema de direito devido aos três defeitos já vistos: incerteza, estática e ineficiência.

As regras secundárias que concedem poderes públicos e privados serão, destarte, remédios para as imperfeições de um conjunto de regras obrigacionais. Serão as regras secundárias que permitirão a existência de um sistema criterial e

<sup>16</sup> Hart, portanto, afirma que a teoria de Austin é incompleta porque o seu critério de demarcação não identifica como “direito” padrões jurídicos de suma importância, que são as regras secundárias.

autônomo de direito; serão o fundamento e o complemento das regras primárias.

As regras secundárias “tornam possíveis atos que conduzem não só ao movimento ou mudanças físicas”, como fazem as regras primárias, “mas à criação ou alteração de deveres e obrigações”.<sup>17</sup> São regras que estabelecem quais são os elementos do sistema jurídico (e, portanto, demarcam e isolam o direito dos outros conjuntos ou sistemas de controle social); que determinam como esse sistema nasce, cresce e se modifica; que determinam por quem e como serão resolvidas as questões de conflito sistêmico e de lacunas.

A primeira espécie de regra secundária é a *regra de reconhecimento*,<sup>18</sup> cuja finalidade direta é combater a incerteza (identificando quais regras primárias são jurídicas e quais não são) e cuja finalidade indireta é possibilitar a existência de um sistema jurídico, oferecendo um critério demarcatório à estrutura do direito, que separa o que pertence ao sistema do que não pertence.

A regra de reconhecimento, portanto, “especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que exerce”.<sup>19</sup> Em outras palavras, a regra de reconhecimento determinará um critério que permitirá identificar quais características possuídas por um padrão são necessárias para que esta regra seja considerada como uma regra jurídica primária. Identificará, ainda, quais são os elementos necessários e privativos de uma regra do direito.

Uma regra de reconhecimento simples, por exemplo, identifica que todas as regras que impõem deveres pertencentes a um rol limitado, como um código romano ou um conjunto de tábuas de pedra, são regras do direito daquela sociedade. Outro exemplo, de uma regra mais complexa de reconhecimento, é

---

<sup>17</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:91)

<sup>18</sup> *Rule of recognition*

<sup>19</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:104)

daquela regra que identifica que a característica que torna um padrão “jurídico” é a de que ele foi promulgado por uma assembleia, ou pela *Rainha no parlamento*.

Em um sistema jurídico mais desenvolvido, geralmente, “em vez de regras de identificação por referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias”.<sup>20</sup> A regra de reconhecimento, desta maneira, é formada ou a partir de uma generalização dos casos particulares (num movimento indutivo, estabelecendo uma regra secundária geral a partir do conjunto de regras primárias particulares) ou pela previsão anterior de um modelo procedimental que deve ser necessariamente observado para a produção de normas consideradas jurídicas.

A principal consequência da regra do reconhecimento é que a atividade de demarcação, de identificação das regras primárias, dá-se simultaneamente com a fundamentação de autoridade das regras. Há, na verdade, mais do que um mero teste de “pertence” ou “não-pertence” (ao sistema do direito). Atribui-se validade jurídica àquela regra reconhecida pelo sistema, satisfazendo o âmbito interno dos membros de um grupo<sup>21</sup>, identificando o padrão não apenas como jurídico, mas como apto a ser fonte de obrigações.<sup>22</sup>

A segunda espécie de regra secundária exposta por Hart, como fundamento de um sistema que quer ser jurídico, é a *regra de alteração*,<sup>23</sup> remédio para o defeito da estática de regras. Esta é a regra secundária que concede poderes e competências para a criação, alteração e extinção de regras primárias. “É em termos de tal regra, e não em termos de ordens baseadas em ameaças, que as ideias de ato legislativo e de revogação devem ser compreendidas”.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:104-105)

<sup>21</sup> Ou seja, o âmbito de expectadores internos do sistema jurídico, que cumprem as as obrigações por acreditarem que se tratam de deveres e não por medo de uma eventual punição decorrente da violação da regra.

<sup>22</sup> “Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica.”. HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:105)

<sup>23</sup> *Rule of change*

<sup>24</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:105)

Há uma ligação muito estreita entre a regra de alteração, a regra de reconhecimento e a questão da validade jurídica. A regra de reconhecimento deverá se referir à regra de alteração, pois a atividade de alteração do ordenamento modifica o grupo de regras primárias incluindo novas regras e excluindo outras do arcabouço do direito em vigor. Por óbvio, a regra de reconhecimento deverá incorporar a dinâmica de alteração em seu critério de demarcatório, caso deseje identificar quais são as regras primárias que participam de um sistema jurídico atual.

Há uma estreita ligação também com a questão da validade jurídica. Uma obrigação é jurídica porque se fundamenta em uma regra jurídica válida. A autoridade da regra primária vem da validade e é a regra de alteração que determina qual procedimento (legislativo, por exemplo) é adequado para que uma regra seja reconhecidamente válida. A regra de reconhecimento, por sua vez, ao incorporar uma referência à regra de alteração, incorpora ao seu critério demarcatório a questão do procedimento adequado, podendo identificar quais são as regras que respeitaram a regra de alteração e são, portanto, regras válidas, capazes de fundamentarem obrigações.

A terceira regra secundária proposta por Hart é a *regra de julgamento*.<sup>25</sup> A pressão social desempenhada por uma comunidade que dispõe apenas de regras primárias de deveres é altamente ineficiente. Sabe-se quais são as regras aceitas pelo grupo, mas não se sabe como resolver questões elementares de divergências sobre quais são as obrigações decorrentes daquelas regras e se houve, ou não, violação das normas em hipóteses concretas. A regra de julgamento atribui poderes judiciais para a solução de lides envolvendo as regras e define conceitos como *Juiz*, *Tribunal*, *Jurisdição* e *Sentença* e, ainda, resolve como esses conceitos irão se relacionar dentro de um processo judicial.

A existência de uma regra de julgamento pressupõe a existência de uma

---

<sup>25</sup> *Rule of adjudication.*

regra de reconhecimento imperfeita. Se há questões sobre a violação ou existência de regras que devem ser deixadas para a atribuição ou competência de um juízo, isso significa que a regra de reconhecimento daquele sistema não é completa o suficiente para dar conta, *a priori*, dessas dificuldades. A regra de reconhecimento não identificou todas as tibiezas de um sistema jurídico, restando àquele com poderes de julgamento integrar a demarcação do sistema, isto é, a regra de julgamento é de certa forma uma regra de reconhecimento que permite aos magistrados identificar as regras primárias de um sistema através de sentenças e decisões judiciais que se tornam fontes do direito. “Se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são”<sup>26</sup>.

Como será visto adiante, a regra de reconhecimento é imperfeita porque o direito é imperfeito, uma vez que se sustenta nos elementos de comunicação e linguística. Os problemas que não podem ser resolvidos com o teste inicial de reconhecimento o serão pelo poder discricionário do magistrado.

Do que foi articulado, pode-se chegar a um conceito de direito para a teoria de Hart. As regras primárias são as regras responsáveis pela imposição das obrigações, dos deveres e dos direitos. São as regras que importam para o cidadão, para aquele que convive dentro de uma sociedade controlada pelo direito. As regras secundárias, por sua vez, serão aquelas responsáveis por transformar esse mero conjunto de padrões de dever em um verdadeiro sistema, em um ente realmente jurídico, por permitir que as regras primárias sejam dotadas da autoridade da validade jurídica, permitindo que haja não só uma separação entre o direito e o não-direito, mas também permitindo que esse sistema seja eficaz e dinâmico. O direito, para Hart, é, fundamentalmente, a união das regras primárias com as regras secundárias.

---

<sup>26</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:107)

#### 1.1.4 O CRITÉRIO DE DEMARCAÇÃO, A ACEITAÇÃO DA REGRA DE RECONHECIMENTO E A VALIDADE JURÍDICA.

O sistema de direito é, portanto, para Hart, um sistema composto por um número limitado de regras primárias e de regras secundárias. O fato de ser um sistema fechado e de possuir um número determinado (ou determinável) de regras enseja a existência de um critério mecânico que permite identificar quais são os padrões que, independentemente de sua função dentro do sistema, pertencem ou não ao grupo considerado jurídico. Logo, se o conceito de direito é a união de regras primárias e secundárias, deve existir um critério de demarcação que reconheça quais são as regras que fazem, ou não, parte dessa união.

As regras primárias, em uma comunidade não-primitiva que possua um direito complexo, são as regras que impõem deveres e obrigações e são dotadas da autoridade advinda da validade jurídica. Uma regra será jurídica se for válida do ponto de vista do direito. Caberá às regras secundárias determinar qual regra é jurídica (por ser juridicamente válida) e qual regra não é jurídica (por não ser juridicamente válida).

A regra de reconhecimento, com todas as suas complexidades e tibiezas eventuais, é a “*célula mater*” da identificação de uma regra jurídica. A regra de alteração propõe como padrões obrigacionais podem ser criados, alterados ou revogados, mas é a regra de reconhecimento, todavia, que, em última instância – mas em conjunto com a regra de alteração do seu próprio sistema – declarará se determinada regra está em consonância com o procedimento de validade adequado. A regra de julgamento também funcionará por vezes como uma regra de conhecimento secundária, nas situações em que uma regra será reconhecida como jurídica no desenrolar de um processo jurídico, ou mesmo no caso de o exercício de um poder discricionário diante de uma incerteza juridicamente incontornável (como

veremos adiante no capítulo). O poder da autoridade julgadora, todavia, é consequência de uma regra de reconhecimento da sociedade. O magistrado não vai além da regra de reconhecimento maior (ou verdadeira), respeitando-a onde não for controversa.<sup>27</sup>

A regra de reconhecimento não é apenas uma regra secundária que identifica quais regras estão de acordo com a regra de julgamento ou com a regra de alteração. Ela transcende uma posição de mero teste de *pertence* ou *não-pertence*, destacando-se como a regra central do projeto de Hart. A regra de reconhecimento ao mesmo tempo em que declara também constitui, de certa forma, as regras primárias como regras válidas.

É assim porque a regra de reconhecimento final, a verdadeira regra de reconhecimento que se encontra no ápice do esquema da união de regras, critério de demarcação do direito, é uma regra suprema e uma regra última.<sup>28</sup>

É regra última porque ocupa o topo de uma pirâmide de normas, sendo todas as demais normas abaixo dela regras que se encontram dentro da cadeia jurídica, porque foram identificadas por esta “porta de entrada”, pelo critério de juridicidade oferecido pela regra de reconhecimento final. Em outras palavras, é regra última porque, em última instância, é acatada por todas as outras regras que pertencem ao sistema, mesmo que essas regras tenham que, por motivos de hierarquia, acatar também outras regras.<sup>29</sup> A regra de reconhecimento é última porque todos (juízes, funcionários públicos, cidadãos) a utilizam para saber o que é direito em seu Estado.

---

<sup>27</sup> Nos casos em que a regra de reconhecimento do sistema jurídico foi incerta (textura aberta), o magistrado pode decidir discricionariamente através da escolha. HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:161-168).

<sup>28</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:117-118)

<sup>29</sup> Como exemplo prático podemos dizer que uma regra de hierarquia inferior, advinda de uma portaria, teria que acatar não somente regras superiores, advindas dos decretos e das leis, como acatar também, em última instância – em último lugar – a regra final de conhecimento, a fim de ser válida do ponto de vista jurídico.

E é regra suprema porque é a regra de reconhecimento que continua exercendo de forma preponderante a sua força nas situações em que entra em conflito com qualquer outro critério validante inferior. Se um padrão primário de dever é considerado válido pela regra de reconhecimento suprema, então ele será juridicamente válido (pertencerá ao direito), mesmo que outra regra, não suprema, indicar o contrário.<sup>30</sup>

Essa regra de reconhecimento final, o “funil de entrada” do sistema jurídico, seria o critério de demarcação do que é direito e do que não é direito, ao mesmo tempo em que seria um critério também de constituição, pois, ao se sobrepor à regra de alteração, determinaria quais procedimentos de validade são compatíveis com o sistema jurídico que serve.<sup>31</sup>

Por essa própria característica, de ser a regra que determina a validade (autoridade) das outras regras, não pode ela mesma, sem comprometer a sua função e sob pena de declarar tautológico um evento sintético, designar-se como uma regra válida. Se a regra de reconhecimento fosse válida, haveria a necessidade da existência de uma regra acima dela para declarar/decretar tal validade, de forma que ela não seria a regra última. A autoridade da regra secundária máxima não poderá vir, então, da validade, mesmo que esta seja pressuposta, hipotética ou outorgada. A regra de reconhecimento final é a única regra de um sistema jurídico verdadeiro que é aceita e não procedimentalmente válida. Pressupõe-se a sua existência ao invés de supor a sua validade.<sup>32</sup>

Destarte, a regra de reconhecimento é uma questão de fato, que existe como uma prática complexa, derivada da concordância ordinária dos tribunais, dos

---

<sup>30</sup> “Porque, onde há um poder legislativo que não está sujeito a quaisquer limitações constitucionais e tem competência para privar quaisquer outras regras de direito, emanado de outras fontes, do seu estatuto jurídico, faz parte da regra de reconhecimento, num tal sistema, que a aprovação por aquele poder legislativo é o critério supremo de validade”. HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:117-118).

<sup>31</sup> “Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema” HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:114)

<sup>32</sup> HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:120)

funcionários públicos e dos particulares, ao identificarem o direito a partir de certos critérios que formariam a regra secundária.<sup>33</sup> “Na maior parte dos casos, a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas”.<sup>34</sup>

Entender, contudo, que a regra de reconhecimento é produto de uma aceitação unânime da comunidade subjacente a determinado sistema jurídico é propor uma teoria que nunca poderia se concretizar na complexidade das sociedades contemporâneas. Hart afirma que a aceitação da regra de reconhecimento somente deve ser observada dentre os funcionários públicos, dentre as autoridades competentes para manejar as regras primárias e secundárias. O fenômeno da aceitação dos critérios de identificação é suficiente caso ocorra no seio da “atuação jurídica” da sociedade. Os cidadãos particulares não precisam aceitar uma regra de conhecimento de qualquer complexidade. Somente devem, para que o sistema jurídico continue a existir, respeitar as regras primárias consideradas válidas pelas autoridades do corpo político.<sup>35</sup>

A regra de conhecimento final aceita pelo poder público e pelo comportamento dos agentes do Estado, com toda a sua complexidade interna e referências a outras regras secundárias, é o critério de demarcação dos padrões jurídicos da teoria de Hart. É também uma das duas faces que formam o critério total de demarcação do direito desta tese positivista.

A outra face do critério de identificação não diz respeito às regras válidas, mas sim às obrigações e direitos que surgem (ou não surgem) das normas que compõem o sistema de direito. Esta segunda face será abordada na segunda metade deste capítulo.

---

<sup>33</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:121)

<sup>34</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:113)

<sup>35</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:128)

## 1.2. A INCERTEZA DA LINGUAGEM, A TEXTURA ABERTA E O PODER DISCRICIONÁRIO

### 1.2.1. A INCERTEZA E A TEXTURA ABERTA DAS REGRAS E DOS PRECEDENTES

Afirmar que o direito é um sistema de regras implica em aceitar que existem padrões prescritivos cujo conteúdo regulador impõe certos deveres jurídicos e cujo cumprimento não é facultativo. Estes padrões de controle social devem ser gerais e abstratos, uma vez que o objetivo de um sistema jurídico é regular o comportamento futuro de toda uma sociedade. O fato de a norma ser ou não genérica não é de importância máxima. Uma regra pode atingir toda uma sociedade ou apenas parcela dela (caso das cotas e das políticas afirmativas) sem que haja um alijamento da sua natureza reguladora. A questão de ser um padrão que pretende prescrever ações futuras, porém, é mais sensível.

Padrões normativos são criados ou para estabelecer certas consequências, ou para evitar a prática em relação a fatos e condutas futuras, isto é, posteriores ao surgimento da regra. A prescrição ocorre a partir da concretização da linguagem, que estabelece uma sentença verbal abstrata, ou seja, que frequentemente não se refere a um indivíduo ou caso concreto específico, mas refere-se a uma categoria de pessoas, de atos ou de coisas<sup>36</sup>. Quando um evento ou uma ocorrência apresenta um elemento pertencente a uma categoria regulada por uma regra jurídica, diz-se que se aplica a regra abstrata ao caso concreto a partir de um exercício de silogismo.

Em muitas ocasiões será clara a subsunção do evento à regra. Os elementos presentes claramente pertencem à categoria referenciada pelo padrão e

---

<sup>36</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:137)

não há dúvidas de que se devem aplicar as consequências determinadas pela regra. O caso de um homem que mata uma senhora devido a motivos passionais, por exemplo, subsume-se à regra que proíbe o homicídio ao estipular que “serão apenados aqueles que matarem alguém”.<sup>37</sup>

Mas haverá casos que se sustentarão como um problema para a teoria acima. Casos em que não é claro se os fatos experimentados se adequam ao termo abstrato estabelecido pela regra. Casos em que a dúvida sobre a aplicação da norma (e de qual norma) será substancial o suficiente para que haja uma séria controvérsia sobre como o direito regula a situação.

Hart identifica esse problema como um problema natural da nossa linguagem.<sup>38</sup> Haverá uma *crise da comunicação* em que a dúvida não poderá ser resolvida nem por um simples silogismo e nem convencionalmente, pela inexistência de um acordo ou de uma convenção que dita como proceder nesses casos (já que se houvesse tal pacto, a controvérsia já estaria resolvida).<sup>39</sup> Tanto o precedente (*exemplos que regulam atos e fatos pela autoridade do tribunal*), como as regras (*formas gerais dotadas da autoridade legislativa*), podem possuir uma “zona de franja” marcada pelo indeterminismo e pela incerteza de seu conteúdo categorial, tornando-a uma norma cuja a textura é aberta.

A textura aberta é um preço a se pagar pela própria necessidade de padrões abstratos. Exige-se que as regras (e as regras criadas pelos precedentes) voltem-se para fatos que ainda não ocorreram e que, quando ocorrerem, serão sob circunstâncias não sabidas no presente. Há, segundo Hart, uma incerteza inafastável que incide no momento da criação de um padrão social. Os legisladores

---

<sup>37</sup> A não ser claro, que o caso concreto recaía sobre uma exceção da regra, como a legítima defesa. Essas exceções, contudo, pertencem à própria regra, de forma que o próprio padrão determina que apesar do evento conter elementos da sua categoria, não sucederão os efeitos previstos.

<sup>38</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:139)

<sup>39</sup> “Aqui surge um fenômeno que se reveste da natureza de uma crise na comunicação: há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição pela pessoa ocupada na classificação”. HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:140)

(ou aqueles incumbidos do poder normativo) são apenas humanos, de forma que, além de permanecer na ignorância dos fatos futuros, haverá uma relativa indeterminação de finalidade ligada aos eventos porvindouros.

Não se sabe o que ocorrerá no futuro, nem como esses eventos se interligarão e quais os resultados almejados e conseguidos. Daí ser impossível haver regras válidas o suficiente para regular todos os atos e fatos futuros com antecedência, da mesma forma que é impossível todos os precedentes (exemplos com autoridade) serem formados de maneira tão clara que não haja dúvidas se eles sempre se assemelham ou se diferenciam de um novo caso posterior à data do julgamento.

A consequência do reconhecimento, pela comunidade jurídica, dessa nesga de incerteza nas regras jurídicas resultou em duas implicações. A primeira foi o enfraquecimento das teorias que Hart chamará de formalistas ou conceitualistas. A outra implicação, de maior gravidade, é que a inexistência de uma objetividade absoluta será a principal brecha que os realistas (nomeados de céticos) cavarão para fortalecer o argumento da irracionalidade de qualquer teoria que pretenda demonstrar a existência de um sistema (racional) jurídico.

### 1.2.2. A QUEDA DO CONCEITUALISMO E O LEVANTE DO CETICISMO

O direito vincula-se a uma noção muito própria de segurança. Por tratar das consequências e efeitos de eventos futuros e indeterminados, concebe-se a necessidade de uma certa estabilidade atinente aos padrões jurídicos. Por ser uma criatura racional, o homem não poderia viver somente sob o domínio de contingências arbitrárias e surpreendentes, sendo certo que atos e comportamentos sempre são tomados com base em certa “confiança social” de que resultados previsíveis se seguirão de condutas paradigmáticas.

Os que são nomeados conceitualistas ou formalistas por Hart levam essa suposição ao máximo quando tratam do sistema jurídico. Os significados das regras de direito devem ser fixadas de forma que os termos gerais resolvam, antecipadamente e definitivamente, todas as questões porvindouras, excluindo-se qualquer esforço interpretativo por parte do operador do direito, já que deve ser característica da expressão normativa a sua clareza por si só. Em outras palavras, sempre seria possível identificar se o evento pertence ou não à categoria estipulada pela regra analisada e se, deste modo, deveria ocorrer ou não o resultado determinado pela norma. Haveria uma perfeição do processo silogístico que seria o *paraíso de conceitos* dos juristas.<sup>40</sup>

Hart condena esse arquétipo de formalismo. O conceitualismo, ao impor uma hipótese de regras absolutas em face de uma realidade de regras abertas, acaba por não dar conta dos problemas que habitam a franja dos textos legais.

A principal crítica que se pode evidenciar é que os conceitualistas não oferecem uma resposta para os casos difíceis (em que há dúvidas sobre a aplicação do direito) exatamente pelo motivo mais forte que haveria: não reconhecer que existem casos difíceis.

A posição formalista não dá conta da realidade exatamente por ignorar ou minimizar a existência do indeterminismo. As respostas para os casos de dúvidas serão cegas e preconceituadas. O formalista tenderá a incluir nas categorias já dadas pelas normas válidas todos os fatos e atos ocorridos na realidade, afirmando que não é possível dizer que um caso concreto aparentemente não se qualifica junto a nenhum padrão, clamando por uma aparência de certeza e previsibilidade.

Para Hart, o jurista conceitual arranja, forçadamente, um lugar dentro de uma categoria para todo e qualquer elemento, determinando que todo e qualquer

---

<sup>40</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:143)

evento já foi previsto pelo direito, numa classificação rígida e imutável. Tal atitude leva a incluirmos, em certas categorias, casos que não deveriam pertencer aquela regra, ou seja, “seremos forçados por essa técnica a incluir no âmbito da regra casos que desejaríamos excluir, de forma a dar efeito a finalidades sociais razoáveis e que os termos da textura aberta da nossa linguagem teriam permitido excluir” <sup>41</sup>.

A tese conceitualista, em síntese, é inapropriada por fazer crer que o direito é tão completo que não haveria caso futuro que não pudesse ser regulado pelas normas do sistema jurídico. A consequência é que o formalista resolverá problemas que não são regulados pelo direito a partir de regras jurídicas inapropriadas para o caso (que nada dizem sobre o caso concreto).

A outra questão diz respeito aos céticos. Se o direito presumidamente é baseado em um conjunto de regras, admite-se que essas normas devem ser claras e determinadas o suficiente para que os cidadãos (e também o próprio governo) possam agir em conformidade com o padrão de controle social. Nesse caso, ou a regra é respeitada e o direito é obedecido, ou não se cumpre a abstração legal e há uma infração jurídica.

Todavia, não é isso que ocorre no cotidiano da comunidade. Inúmeras vezes juízes da mesma corte discordam do real significado de um padrão jurídico. Decisões administrativas e judiciárias dos mesmos órgãos se contradizem “impunemente”, sem que uma revogue ou anule a outra. Sentenças de primeira ou de última instância são prolatadas de forma surpreendente, colidindo não somente com o entendimento popular sobre a matéria, como também com um entendimento consolidado no seio especializado dos juristas. A própria prática do direito atenta contra a concepção ampla de segurança jurídica, ofendendo a noção conceitualista de que as leis e as regras devem oferecer uma prescrição que não somente seja clara quanto às condutas exigidas, como quanto aos efeitos da norma.

---

<sup>41</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:142-143)

É dessas evidências que o cético condenará o sistema jurídico, procurando refutá-lo como sistema consistente, lógico ou até mesmo racional. Não há silogismo ou qualquer exercício concludente para determinar os efeitos e as exigências de uma lei ou de uma regra, não se é capaz de conhecer como um tribunal ou juízo irá decidir acerca de um caso concreto em comparação com um padrão geral. O melhor que um jurista (ou um cidadão) pode fazer é prever, dentro do espírito de uma aposta, o que o judiciário decidirá sobre o assunto. É uma previsão porque o próprio “sistema jurídico” não exige uma resposta certa e única para cada hipótese fatural apresentado às autoridades públicas para decisão. É uma previsão porque o administrador ou o juiz está completamente livre para escolher dentre várias alternativas como decidirá o caso, inclusive arbitrando o que significa cada regra e se ela será ou não utilizada para fundamentar a conclusão.

Logo, o que a posição cética afirma é que o direito não se identifica como um conjunto ou sistema de regras ou de padrões. As normas, independentemente da forma estabelecida, não são decisivas ou vinculantes (exigíveis) para o magistrado ou para o agente público tomar suas decisões, que, como se verifica empiricamente, estão totalmente livres para definir em suas sentenças e processos o que é o direito, pautados em sua arbitrariedade e não em alguma espécie de força vinculativa proveniente das regras. Os cidadãos, dessa forma, também não estariam vinculados às obrigações extraídas de normas objetivas, mas devem suportar os deveres e usufruir dos direitos destacados nas decisões oficiais.

O que o cético faz, em outras palavras, é levar o indeterminismo e a incerteza linguística das regras ao máximo. Ao compreender que é impossível um *paraíso dos conceitos*, ele é levado a crer que a teoria racional do direito, por ser inadimplente com sua própria essência, se tornou completamente vazia, sendo incapaz de determinar o que é o direito.

Ora, se não se pode aplicar o direito pelo silogismo ou através de outro método lógico-racional, restaria claro que as obrigações e os direitos não derivam

das regras (ou, mais especificamente, das normas), os elementos desse sistema. Os direitos e os deveres, então, são criados por aqueles que se identificam como aplicadores do direito, os administradores públicos, em um primeiro momento, e os magistrados, em definitivo.

Hart discorda do ceticismo radical, mas o aceita parcialmente. Não se pode fugir da evidência de que as regras não cumprem uma certa promessa de integralidade. Não é plausível acreditar que as regras de um sistema jurídico serão suficientes para acobertar todos os casos futuros e concretos levados para o julgamento de uma autoridade estatal. As regras, apesar de generalizadas e abstratas, tratam de um rol fechado de possibilidades hipotéticas. E é na zona dessa indeterminação que o direito é incapaz de responder, de forma absoluta e única, quais consequências jurídicas devem decorrer da existência do fato ou do ato.

É nessa lacuna que a autoridade competente pela aplicação do direito, o administrador ou o juiz, deverá escolher, dentre as alternativas plausíveis, quais direitos e deveres serão atrelados ao caso concreto. Nesses casos (*hard cases*), não há como concluir pela existência antecipada de um tipo específico de decisão; os juristas apenas serão “tarólogos” tentando prever (na sorte) qual decisão será tomada.

O diagnóstico cético, portanto, não é totalmente descartado por Herbert Hart. O cético é bem vindo à *zona da franja*, na textura aberta presente nos padrões de controle social.<sup>42</sup> A teoria, no entanto, deve ser rejeitada como uma hipótese explicativa da natureza do direito como fenômeno social totalmente acriterial. As dúvidas levantadas acerca da exigibilidade e da vinculação obrigacional das regras não prosperam, uma vez que a realidade da aplicação do direito, segundo Hart, é incompatível com a face “anarquista” do direito desenhada pelo cético. Há o direito que existe além da escolha e do livre arbítrio dos magistrados togados.

---

<sup>42</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:168)

Afirmar que todos juristas e cidadãos apenas apostam sobre o humor decisório das autoridades é negar um elemento importante que Hart apresenta em sua tese, pois é negar a questão do sentimento interno de normatividade que está presente nas pessoas e os impulsiona a tratarem as regras como algo a mais do que simples sugestões para os juízes. “O direito funciona nas vidas deles, não meramente como hábitos ou como base de predição de decisões dos tribunais ou de ações de outras autoridades, mas como padrões jurídicos de comportamento aceite”.<sup>43</sup>

O cidadão, muito mais do que um estatístico que anota e lista as decisões dos tribunais, acredita que tais tribunais devem seguir certos padrões de decisões que não podem ser deixados de lado. Este sentimento interno, aliás, até mesmo permite que um jurista ou leigo critique as decisões de certas autoridades competentes, apontando erros cometidos em face de sua própria concepção do conteúdo e da força vinculante das regras.

A incerteza e indeterminismo, assim, não seriam uma sequela presente em todo o corpo do sistema jurídico, mas apenas uma questão presente na hipótese de um caso concreto não se adaptar totalmente à expressão literal de incidência de uma regra social.

Hart acredita que a textura aberta é uma característica presente nas regras que torna indispensável o exercício de um poder discricionário por parte dos julgadores (autoridades) ao decidirem um caso controverso. Não aceita, contudo, que essa imprecisão linguística cause danos maiores à teoria geral do direito positivo, que define o direito como um sistema de regras que estipulam obrigações e direitos.

---

<sup>43</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:151)

### 1.2.3. A SOLUÇÃO DE HART PARA A TEXTURA ABERTA DAS REGRAS: O PODER DISCRICIONÁRIO

A ideia de que as normas jurídicas seriam precisas de tal forma a ajustar qualquer evento futuro a um padrão convencional passado não sobrevive a análise de que, por um problema de comunicação e linguagem, é impossível criar normas o suficiente para prever todo e qualquer problema porvindouro. Elevar esse problema ao máximo, afirmando que não há direito algum que regula o futuro, também não é adequado, pois o Estado e os cidadãos cotidianamente se comportam por acreditarem que há uma força obrigatória nas regras, executando atos posteriores conforme prescrições anteriores.

Hart, assim, não aceita que o direito seja um conjunto já totalmente completo de regras para todas as ocasiões e também não aceita que não há direito anterior algum, isto é, que as regras são apenas meras recomendações e que o verdadeiro direito, se é que há algum, emerge apenas das decisões das autoridades. Há, na verdade, uma textura aberta na margem das regras.

A solução para esta textura aberta do direito, para a incerteza e o indeterminismo dos *hard cases*, encontra-se em algum lugar entre o formalismo radical e o ceticismo radical,<sup>44</sup> em um meio-termo em que seja possível notar que há regras anteriores que regulam alguns casos posteriores e casos posteriores que não foram previstos pelos criadores das regras, mas que serão, oportunamente, regulados pelo direito oriundo de um poder discricionário.

Para se conhecer a resposta de Hart, contudo, primeiro se faz necessário observar como o professor de Oxford construiu o problema.

Hart aponta duas espécies de fontes do direito baseadas na autoridade.

---

<sup>44</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:161)

Uma regra pode ser consequência da legislação (e ter o formato de uma linguagem geral adotada de autoridade) ou uma regra pode ser gerada a partir das decisões judiciais, dos precedentes (caso em que teria a forma de um exemplo de autoridade).<sup>45</sup> Em ambas as espécies há um problema de comunicação na franja das regras que tornam os padrões relativamente incertos e/ou indeterminados.

O precedente (exemplo dotado de autoridade judicial) atribui uma certa regra que deve ser cumprida em certo caso concreto, mas deixa uma margem de incerteza acerca de sua aplicação em casos próximos. O exemplo dado por Hart é o do pai e do filho que desejam entrar em uma igreja e estão usando chapéus.<sup>46</sup> O pai, antes de entrar na igreja, tira o seu chapéu e informa ao filho que é assim que se deve fazer antes de entrar em um local como aquele. O exemplo do pai, apesar de factual, deixa uma série de dúvidas para a criança. Somente os homens devem tirar o chapéu, ou também as mulheres são obrigadas? Somente se faz isso em igrejas e capelas, ou em edifícios também? É necessário utilizar a mão direita, ou é possível retirar o vestuário com a mão esquerda? O precedente, apesar de servir como uma regra exata para o caso atinente, não é suficiente para acabar com as dúvidas sobre outros casos futuros, sobre casos que possuam elementos cuja presença no grupo geral referido pela decisão judicial anterior não é indubitável.

Na legislação (linguagem geral dotada de autoridade legislativa) ocorre uma imprecisão parecida. Apesar de a expressão verbal da lei ser, geralmente, mais abrangente do que é o precedente, as regras também podem gerar dúvidas quando são apresentadas as circunstâncias de uma hipótese concreta porvindoura. O exemplo de Hart é sobre uma lei que proíbe o uso de veículos em um parque.<sup>47</sup> Parece óbvio que a lei proíbe que um cidadão entre em um parque conduzindo um veículo automotor de grande porte, como um automóvel de passeio ou um caminhão. Todavia, a regra em si não é clara se uma criança pode entrar com um pequeno carro de brinquedo, se um adolescente pode entrar com sua bicicleta ou se

---

<sup>45</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:139)

<sup>46</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:137)

<sup>47</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:139-140)

o jardineiro pode entrar com o seu cortador de grama automotor. A regra, mesmo sendo ela legislada e não decretada por um precedente, possui uma margem de incerteza acerca dos elementos que ela, como prescrição geral, abarca ou não. A expressão verbal inclui e exclui certos elementos e circunstâncias de pronto, mas não é clara de forma determinante acerca de alguns elementos análogos.

O direito para Hart, portanto, é formado por regras que surgiram expressamente com o propósito de regular eventos futuros; regras que muitas vezes podem ser incertas diante da contingência do futuro.

Essa margem de incerteza é chamada de “textura aberta” das regras e é causada pelos próprios limites intrínsecos à linguagem e da capacidade humana. Nenhum legislador, por mais detalhista que fosse, poderia criar qualquer tipo de regra que contemplasse todas as hipóteses e eventos futuros.

Há, conforme defendido por Hart, duas desvantagens relacionadas à atividade legiferante visando o futuro.<sup>48</sup> Em primeiro lugar, há uma ignorância acerca dos fatos porvindouros, uma vez que é impossível prever todos os eventos e fenômenos interessantes ao direito que ocorrerão adiantadamente em nossa linha do tempo. Em segundo lugar, há uma outra desvantagem correlata a uma relativa indeterminação de finalidade, ou seja, não é possível, hoje, determinar quais seriam nossas finalidades no futuro.<sup>49</sup> Em outras palavras, “se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então seria possível estatuir, antecipadamente, cada possibilidade”.<sup>50</sup>

O problema, portanto, é uma questão envolvendo a antevisão do

---

<sup>48</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:141)

<sup>49</sup> Vê-se, nesse ponto, que Hart propõe uma teoria do direito consideravelmente inclinada para a realização de finalidades que, eventualmente, podem ser extrínsecos ao próprio sistema jurídico, como os interesses políticos, sociais ou econômicos (*análise econômica do direito*). Segundo Dworkin (2007: VII-XIV), é o utilitarismo a face do direito que traz finalidades para o seio da teoria do direito.

<sup>50</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:141)

legislador. Uma regra que passou por um processo de formação e validação terá um texto (uma expressão verbal) que tratará de um caso ou de alguns casos hipotéticos. Será um padrão geral que trará alguns elementos abstratos, que permitirão identificar quais eventos concretos (por possuírem elementos daquele padrão geral) estarão ou não abrangidos por aquela regra. O legislador (aquele com competência para criar uma regra) será limitado, assim como é limitada a linguagem que ele usa para criar a norma. A regra, portanto, cobrirá uma série de eventos futuros, mas não cobrirá todos os eventos futuros, dado que é impossível ao legislador prever todos os casos que podem surgir e se os casos não previstos devem ser protegidos ou regulados de forma análoga aos casos já previstos (*relativa indeterminação de finalidade*).

Podemos trazer, como exemplo, o de um ordenamento jurídico hipotético cuja única lei de privacidade de comunicações determine que são invioláveis as comunicações por carta, telegrama, telégrafo e telefone. Por óbvio, o síndico de um prédio estaria violando a lei (e deveria sofrer as consequências legais) caso violasse a correspondência dos moradores do seu edifício. Todavia, a expressão verbal desta regra exemplar não atinge todos os possíveis eventos modernos. A regra não afirma, categoricamente, se uma carta enviada pelo computador (através de um serviço de email) ou se a comunicação que se dê através de um programa de computador ligado à rede telefônica é inviolável. Hart diria que essa regra, diante dos casos concretos trazidos por nossa tecnologia atual, é uma regra que na sua franja possui uma textura aberta, ou seja, traz uma incerteza acerca de sua aplicação diante dos eventos colocados em tela, já que a sua fórmula expressa não abarca definitivamente essas hipóteses. Além de o legislador não ter previsto o sigilo da comunicação eletrônica, não teria como ele decidir, naquela época, a finalidade da época atual, ou seja, se a comunicação virtual merece o mesmo sigilo que a comunicação epistolar.

No caso do precedente também é possível um exemplo. Um julgamento anterior pode estabelecer que um motorista que segue todas as técnicas de

condução, dirige dentro dos limites de velocidade e conserva o seu veículo adequadamente segue um padrão de diligência devida<sup>51</sup> no trânsito. Todavia, de um julgamento posterior, em que o condutor seguiu todos os quesitos anteriores, mas guiou o seu veículo apenas com as lanternas, e não com os faróis ligados durante o dia em uma via rural, não se pode dizer o mesmo. O precedente apenas diz o que as suas palavras afirmam, sendo que ele é aberto diante de um caso posterior que traz novas circunstâncias.

E como resolver essa *textura aberta* do texto legal ou do precedente? Uma primeira resposta intuitiva que poderia partir de qualquer jurista ou estudante do direito é que cabe à interpretação (ou à ciência da hermenêutica) resolver os casos em que há uma séria divergência sobre se uma lei (regra) será aplicada ou não, e sobre quais leis (regras) serão aplicadas ou abandonadas na hora da decisão da autoridade. Contudo, Hart é expresso ao afirmar que a interpretação não pode eliminar essas incertezas.

O exercício da interpretação também depende de regras próprias, que também podem ter a sua própria franja de incerteza; ocorreria apenas um deslocamento do problema, a incerteza, invés de incidir diretamente na regra social, passaria a incidir sobre a regra hermenêutica (ainda haveria dúvidas se uma regra se aplicaria ou não, pois se se entender a interpretação de uma forma, a regra se aplicaria, se se entendesse de outra forma, não). A interpretação pode diminuir as incertezas, mas não pode eliminá-las por depender ela própria da interpretação.

Mas, se a interpretação não é um meio adequado de encontrar direitos e deveres em uma regra, por que existem posições induvidosas e posições divergentes? Mesmo diante das regras incontroversas não realizamos uma “operação” de interpretação quando tentamos entender a expressão verbal dessa norma?

---

<sup>51</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:145)

Segundo Hart, não há uma interpretação exata mesmo nos casos fáceis. Uma regra não é indubitosa porque o seu corpo exposto somente emprega palavras unívocas. O que realmente há é um acordo pacificado nos casos simples. No caso da norma que proíbe o tráfego de veículos no parque, todos já estão familiarizados com a definição de um carro como um veículo, de forma que entendem que é proibido a entrada de carros de passeio na região, mesmo que a expressão verbal da norma não se refira literalmente a esta espécie de veículo. Não se trata de uma interpretação semântica da lei que leva à proibição do tráfego de carros de passeio no parque, mas sim que há um “acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”.<sup>52</sup>

A textura aberta existe, exatamente, porque devido à insuficiência da expressão linguística da regra não se pode encontrar um acordo acerca de que direitos e deveres emanam do padrão. As palavras utilizadas na legislação ou no precedente não são exatas para levar a um consenso sobre qual o uso (ou significado) delas. As palavras são dúbias (ou são colocadas de formas dúbias) o bastante para que haja uma divergência séria sobre o que elas realmente querem dizer. No exemplo acima, da lei de sigilos, a palavra “carta” unida aos aspectos culturais pode levar a sociedade a aceitar majoritariamente que uma epístola escrita à mão possui os elementos suficientes para se adequar à regra de proteção, mas é dúvida o suficiente para levantar a controvérsia se um recado eletrônico enviado por meio informático é ou não um elemento protegido pela legislação.

Quando há essa dúvida, o direito posto não é suficiente para responder a questão. O direito posto criou a controvérsia, já que sua expressão verbal da lei ou do precedente não é suficiente para que haja uma concordância de que direitos ou deveres existem. Aqui, o jurista deve ir além do próprio corpo da legislação ou do precedente. Certamente haverá uma série de alternativas que se apresentarão para responder a questão e, dessas, uma será escolhida pela autoridade, que decidirá em favor de uma das opções.

---

<sup>52</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:139)

Essa posição de Hart é identificada no seguinte trecho:

Aqui surge um fenômeno que se reveste da natureza de uma crise na comunicação: há razões quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição pela pessoa ocupada na classificação. Se em tais casos as dúvidas não de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver.<sup>53</sup>

Os casos difíceis são decididos a partir de uma escolha. Não haveria uma resposta juridicamente certa, mas apenas respostas.<sup>54</sup> O sistema jurídico apenas apresentaria uma expressão verbal, e alternativas de encarar os padrões. Não há nada interior ao direito que aponte que há uma resposta verdadeira e respostas erradas. O silogismo jurídico somente seria apto a responder as questões simples, em que não há confronto ou dúvidas. Para os casos difíceis, em que nenhuma convenção ou acordo unânime esclarece de antemão os direitos e deveres existentes, a razão jurídica dá lugar para uma espécie de escolha extrajurídica.

Para muito, esse postulado de Hart é um verdadeiro golpe de misericórdia contra a racionalidade do direito. A crítica de Dworkin, como veremos melhor elaborada no capítulo seguinte, almeja demonstrar como esta resposta do positivismo é insatisfatória ao empregar uma teoria da decisão que não se baseia numa racionalidade ou num critério inerente ao próprio sistema jurídico. Em outras palavras, Dworkin condena a opção de Hart exatamente por ela adotar um critério ajurídico para resolver questões jurídicas. Os céticos, por outro lado, atacam muito mais profundamente a teoria do direito racional. Eles vão além da crítica de Dworkin ao afirmarem que a introdução da questão de uma escolha contingente (do ponto de vista do sistema jurídico) pela autoridade julgadora (seja judicial, seja administrativa) repercute como a introdução da total arbitrariedade em todo o conhecimento jurídico.

<sup>53</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:140)

<sup>54</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:165)

Para estes, o direito deixa de ser um sistema baseado em uma racionalidade ou em um critério, para ser algo totalmente irracional, tornando-se o direito, na verdade, o resultado das escolhas arbitrárias e pessoais dos magistrados e administradores. Se o direito é arbitrário e subjetivo, então, não há nada parecido com uma decisão judicial que seja necessária, ou seja, uma decisão que o magistrado está obrigado a tomar pelo direito ser um sistema racional vinculante e não um sistema de escolhas arbitrárias. Daí os cétricos dizerem que apenas se pode prever (apostar) o que um juiz decidirá, nunca tendo certeza.

Hart não acolhe a crítica cética. Em primeiro lugar, como dito alhures, é possível evidenciar, ao observar como a sociedade trata o direito, que existe um sentimento interno das pessoas que as fazem tratar uma série de regras como impositivas, obrigatórias. Em segundo lugar, apesar de considerar que a textura aberta não é preenchida por uma racionalidade jurídica (principal crítica de Dworkin), Hart não compactua da tese cética de que a escolha posterior é uma tarefa irracional ou arbitrária. Seguem-se alguns limites e padrões, aproximando-se mais de um poder discricionário pautado em uma certa racionalidade do que de uma atividade conduzida pelos caprichos pessoais de uma autoridade.<sup>55</sup> Há dois pontos cruciais que apontam para esta definição.

Primeiramente, Hart afirma que não se trata o direito do *jogo da discricionabilidade do marcador*.<sup>56</sup> No jogo da discricionabilidade do marcador, o árbitro não tem a obrigação de seguir quaisquer regras, nem regras claras e nem regras duvidosas, para determinar se um ponto ou gol foi marcado. No exemplo do jogo de baseball, o marcador não tem a obrigação de marcar um ponto nem em um caso claramente abarcado pela regra de marcação (como quando o rebatedor bate na bola para fora do campo), e nem quando há um caso duvidoso (como quando o rebatedor e o defensor com a bola chegam juntos à mesma base), e pode marcar os

---

<sup>55</sup> “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:140)

<sup>56</sup> HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:156)

pontos mesmo quando a regra não estipula nada (marcar um ponto arbitrário no meio de uma jogada ainda não definida). Esse jogo, da discricionariedade do marcador, é a teoria análoga que os céticos oferecem para o direito e a qual Hart rejeita, porque o marcador no direito, assim como no baseball, está obrigado a marcar pontos em certas condições e a seguir procedimentos em outras.

Quando a regra é clara, ou seja, quando a expressão linguística de uma lei ou de um precedente não gera dúvidas sobre a sua subsunção a um caso concreto (já que há uma concordância relevante de que cabe o silogismo), a autoridade (o marcador) deve decidir conforme o padrão (deve marcar o ponto). Nas situações em que a regra é indeterminada e incerta, em que não há um consenso substancial, a autoridade está impossibilitada de usar a própria regra (ou seja, o próprio direito) para decidir, pois a regra é incompleta e não pode ser completada sem um processo integralizador. Esse processo de integração é um processo de discricionariedade, pautado na escolha que a autoridade fará dentre as alternativas deixadas em aberto pela própria letra do padrão normativo em jogo.

Mesmo sendo uma escolha agora livre de uma limitação jurídica (o direito não diz nada sobre o caso) é uma escolha que exige um tipo de racionalidade por parte da autoridade estatal. Em primeiro lugar, trata-se mais de uma opção do que de uma livre criação. A autoridade não pode se afastar das alternativas que são franqueadas pela expressão verbal da norma. Há um “núcleo duro” de significação que impede o “marcador” de se afastar de um rol de possibilidades. Não poderia, o magistrado, no exemplo do sigilo de correspondência, determinar em sua decisão que toda conversa, mesmo a verbal realizada em local público, é sigilosa, mas somente se é possível ou não quebrar o sigilo de comunicações informatizadas.<sup>57</sup>

Em segundo lugar, a atividade decisória não se dá ao gosto da

---

<sup>57</sup> “Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de 'discricionariedade do marcador' simplesmente porque a regra de pontuação, embora tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui um núcleo de significado estabelecido. É deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correta e incorreta...” HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:158)

autoridade; o procedimento de escolha deve se pautar por um cálculo que tem no bom senso e na experiência da autoridade o seu ponto de culminante, sendo que a escolha proporcionada pela textura aberta não é uma decisão frívola, mas sim uma decisão ponderada, em que as autoridades “determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.<sup>58</sup> Ademais, o poder discricionário de integração das regras não é um poder das dimensões da função legislativa do estado. É sim um *poder intersticial*<sup>59</sup> que somente se faz válido e necessário nos casos em que a incerteza sobre a aplicação de uma regra é substancial.

Como se vê, a solução de Hart para os casos dúbios envolve uma questão corriqueira entre alguns juristas posteriores: deve-se ponderar e encontrar um ponto de proporcionalidade para resolver os *hard cases*. Contudo, a sua resposta envolve elementos extrajurídicos para calcular o ponto de convergência. A racionalidade por trás da escolha é uma racionalidade ainda subjetiva, não ditada pelo direito, mas pelas crenças e pelos valores.<sup>60</sup>

Não há, no momento do fato que levou ao caso difícil uma resposta jurídica correta. Não há resposta jurídica alguma na verdade. O que existe é um rol de respostas calcadas no bom senso, na experiência e na prudência dos juristas e dos subordinados ao direito; há um rol de múltiplas alternativas (ainda) não-jurídicas para resolver a questão.

Por não haver uma resposta correta para o direito, qualquer das alternativas seria aceitável por não contradizer, sistematicamente, o ordenamento jurídico posto. Cada advogado, promotor, contribuinte tributário e magistrado poderia

---

<sup>58</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:148)

<sup>59</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:336)

<sup>60</sup> “O juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve agir como um legislador consciencioso agir, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.” HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:336)

defender a alternativa que acreditasse ser mais atraente ou relevante em sua opinião, sem que decorresse em erro (pois não há uma resposta correta de qualquer forma).

Quando um litígio não é regulado por um direito incontroverso proveniente de uma regra válida, não se pode, de antemão, afirmar qual será o resultado de um julgamento envolvendo esta lide. Nesse caso, os céticos terão razão ao afirmar que a decisão judicial somente pode ser profetizada pelos advogados e pelas partes. Não havendo a resposta jurídica necessária, o que fica é a tentativa de adivinhar qual a alternativa de resposta não-jurídica é preferida pela autoridade julgadora.

Mas se é assim, a resposta escolhida nunca será uma resposta jurídica, mesmo que esteja encerrada em uma sentença, acórdão ou decisão proveniente de uma instituição jurídica?

A teoria de Hart não pretende afirmar isto. Ao defender que o juiz terá um Poder Discricionário em face de uma lacuna do sistema jurídico, assegura-se que será tomada uma decisão que terá por escopo completar o sistema jurídico, trançando linhas dentro da textura aberta, mesmo que para isso seja forçoso invocar elementos alienígenas ao próprio sistema de racionalidade do direito.

A decisão discricionária do juiz, na verdade, torna uma das alternativas não-jurídicas a alternativa oficialmente escolhida pela instituição estatal.<sup>61</sup> Antes da sentença judicial, a posição do advogado, a posição da parte e a posição de qualquer outro membro da sociedade eram legítimas, pois era um caso controverso, e nos casos controversos não há resposta certa, mas apenas respostas. A partir do momento em que o magistrado decide a causa, a partir do poder discricionário, aquela alternativa que fundamenta o seu voto se torna a escolha oficial e, doravante, a resposta jurídica (a resposta correta e única) para os casos análogos.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:157-158)

<sup>62</sup> Haveria uma regra válida proveniente de um precedente judicial. Lembre-se que Hart escreve dentro e para uma tradição jurídica e judicial inglesa (*common law*).

A resposta oficial poderá formar uma regra válida que se fundamenta na autoridade do julgador. A regra de reconhecimento e a regra de julgamento, as regras secundárias que determinam e estipulam a validade das regras primárias, justificariam o ato decisório do magistrado como um procedimento aceito (regra de reconhecimento) pela comunidade como uma fonte de regras jurídicas (válidas). A resposta oficial, da mesma maneira, pode tornar um caso controverso em um caso incontroverso, já que, pelas mesmas regras secundárias do reconhecimento e do julgamento, a decisão judicial que diria quais direitos e obrigações surgem de uma regra válida vale tanto (e tem tanta força) como um acordo ou pacto sobre o sentido incontroverso da lei.

A lei que estabelece a proibição da entrada de veículos no parque, por exemplo, não contém permissão ou proibição alguma em relação à entrada de patinetes ou bicicletas na área verde, já que não existe uma posição incontrovertida sobre isso. A sentença judicial, ao se decidir pela proibição da admissão dos patinetes no parque, colocaria fim à discussão, ao determinar que a alternativa escolhida (da proibição) seria dali por diante considerada a resposta oficial (e jurídica) para a questão.

### 1.3. O CRITÉRIO DE DEMARCAÇÃO DO DIREITO DE HART E SEU MODELO DE SOLUÇÃO DE CASOS CONTROVERSOS.

A teoria do direito de Hart está alicerçada em uma doutrina que admite duas assertivas: (i) somente é possível verificar a verdade de uma proposição jurídica de forma imediata e decisiva, a partir de um critério baseado no consenso de uma comunidade jurídica; e, (ii) somente há uma resposta verdadeira quando não há controvérsia alguma sobre o caso. A existência de uma controversa séria sobre qual resposta é verdadeira indica que não há uma única e necessária resposta

verdadeira.

A partir dessa concepção de verdade, Hart construiu o seu conceito de direito e seu critério de demarcação do direito. O direito é um sistema constituído pela união de padrões jurídicos objetivos, que são as regras. Os direitos e os deveres surgem das regras primárias que, por sua vez, são fundamentadas pelas regras secundárias.

A regra secundária de reconhecimento última e soberana oferece o critério que será utilizado em cada comunidade jurídica para se identificar quais outras regras, primárias e secundárias, são consideradas válidas e, assim, integram o direito. A regra de reconhecimento máxima é a primeira face do critério de demarcação da teoria positivista de Hart.

Os direitos e os deveres surgem e se justificam através das regras válidas primárias. Quando se infere que um direito ou um dever se extrai de uma norma válida, de forma incontroversa, significa que aquele direito ou que aquele dever existem para o mundo jurídico. Se não há um acordo, todavia, sobre a existência de um direito ou de um dever, afirma-se que há uma controvérsia, ou seja, que não há um direito ou dever juridicamente exigíveis.

A questão sobre a existência de um direito ou dever justificado por uma regra válida é a outra face do critério de demarcação do direito de Hart.

O critério de demarcação completo do direito, portanto, somente admite que o direito seja encontrado a partir de um teste final de verificação decisivo, que não admite normas jurídicas controversas.

O problema da teoria é justamente quanto aos casos difíceis. Pela doutrina da textura aberta dos textos normativos há casos concretos em que nenhuma regra válida regula as consequências jurídicas da ocorrência do fato. Há,

ainda, outros casos, em que o que é controverso é se as regras válidas do sistema criam um direito de maneira óbvia ou não para a lide em tela.

Os casos concretos que fossem levados para julgamento junto ao Poder Judiciário e que estivessem dentro da primeira hipótese (não há regra válida), ou da segunda hipótese (não há direitos incontroversos), seriam casos difíceis (*hard cases*) e o direito, no modelo oferecido por Hart, não poderia responder decisivamente qual solução o judiciário deveria adotar.

Na realidade, todavia, esses casos difíceis (*hard cases*) são cotidianamente levados para o julgamento por uma autoridade jurídica e resolvidos por uma decisão judiciária. As partes, quando litigam dentro destes casos, argumentam em favor de suas posições controversas, sendo que, por fim, o magistrado decide em favor de uma das posições em uma sentença com valor jurídico.

O que são esses argumentos e essas posições? Se são argumentos que se fundam em regras não reconhecidas como válidas ou que se fundam em controvérsias, não podem ser direito para a teoria apresentada. Só poderiam ser argumentos ajurídicos. Mas se são argumentos e posições não-jurídicas, como podem fundamentar decisões jurídicas?

A doutrina do Poder discricionário, portanto, vem como uma doutrina *ad hoc* para solucionar a questão de decisões de direito baseadas em questões ajurídicas. Ela afirma que, quando não há uma resposta jurídica, o magistrado poderá optar por qualquer das respostas exteriores ao corpo do direito e utilizá-la para motivar a sua decisão, incorporando, nesse movimento, aquela alternativa ao direito, pois dota a norma criada por sua decisão judicial das qualidades necessárias para que ela passe pelo crivo do teste de reconhecimento (se torna válida pela autoridade). Essa solução, invés de modificar o critério de demarcação dual de Hart, modifica a qualidade das normas não-jurídicas, para adaptá-las ao sistema de

direito.

Assim, as proposições de direito ou são válidas decisivamente através de um teste imediato ou não são. Os precedentes criam direito no sentido de que, após a decisão judicial, as normas espúrias passam a ser reconhecidas pelo critério de demarcação de Hart, já que, a partir deste momento, são realmente normas de direito.

Dworkin, como veremos a seguir, criticará não somente o conceito de direito de Hart como também o seu critério de demarcação e o seu modelo *irracional* de solução de casos controversos.

## CAPÍTULO 2. A CRÍTICA DE DWORKIN À TEORIA POSITIVISTA DE HART

A teoria geral do direito de Hart pode ser considerada como uma tese positivista refinada sobre o conceito de direito como um conjunto de regras. A sua proposta oferece uma sistematização mais profunda do que seria o direito e as regras, propondo um critério de identificação dos padrões jurídicos que vai além da característica de ordem do soberano (da doutrina de Austin) ou da característica de ordem coercitiva sob pena de sanção (da doutrina kelseniana). A regra de reconhecimento do direito inova por evidenciar que podem existir características que podem ser associadas às regras, qualificando-as como jurídicas, dependendo da aceitação das autoridades do poder público dessas características.

É exatamente esse núcleo da teoria de Hart que Ronald Dworkin irá condenar. A hipótese da regra secundária de reconhecimento em conjunto com a teoria da textura aberta e com a doutrina do poder discricionário oferecem um critério de demarcação complexo, porém, falho em pelo menos dois pontos.

Primeiramente, a regra de reconhecimento deixa de fora do direito padrões jurídicos importantes que são continuamente utilizados pelos magistrados como fundamentos de direito para resolver casos difíceis. Em segundo lugar, o modelo de Hart não considera que obrigações controversas sejam obrigações jurídicas até que se tornem incontrovertidas a partir do exercício do poder discricionário pela autoridade pública. Em outras palavras, o critério de demarcação proposto por Hart é impróprio por sinalizar como extrajurídicas uma série de normas, direitos e deveres jurídicos.

Dworkin não é crítico apenas de Hart. Os textos que reunidos formam a obra *Levando os Direitos a sério* pretendem principalmente dirigir um ataque contra uma suposta *Teoria Dominante do Direito* na Inglaterra e nos Estados Unidos de meados do Século XX, cuja face ontológica é composta pela teoria positivista, mais

precisamente, pela teoria positivista de Hart, e cuja face deontológica é composta pela teoria do utilitarismo nascida com J. Bentham.<sup>63</sup> Para o propósito do presente estudo, trabalharemos com a crítica à parte ontológica da teoria dominante neste capítulo.

## 2.1. INCONSISTÊNCIAS DA REGRA SECUNDÁRIA DE RECONHECIMENTO

O direito, para Hart, é composto por um sistema de regras primárias e secundárias. As regras primárias são o fundamento das obrigações, dos deveres e dos direitos. As regras secundárias concedem poderes e competências para que o conjunto de regras primárias seja alterado, com a criação, alteração ou extinção dos padrões que ensejam obrigações. Dentre essas regras secundárias, a mais importante é a regra de reconhecimento (que anda de mãos dadas com as regras de alteração e de julgamento), e cuja função é a de propor um teste de juridicidade e validade jurídica.

A regra de reconhecimento fornece um critério para determinar quais são as regras válidas, seja indicando o rol onde tais regras devem constar, ou uma característica geral possuídas por essas regras que as qualifiquem como válidas, isto é, como plenamente capazes de, por sua autoridade, exararem obrigações e direito jurídicos. A regra de reconhecimento em sua estrita ligação com a regra de alteração estipula de que maneira uma regra deve ser criada ou alterada para pertencer ao mundo jurídico. A regra de reconhecimento é o elemento do critério de demarcação de Hart que permite distinguir as normas jurídicas das outras normas de controle social, como a moral e a etiqueta.

O argumento de Dworkin em face da tese de Hart é que esse modelo de identificação de padrões jurídicos não dá conta da realidade que vivemos nos

---

<sup>63</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:VII-XIV)

tribunais e no dia-a-dia forense. O critério reconhece que uma série de regras pertencem ao direito porque preenchem algumas condições ligadas às necessidades formais de autoridade e validade da teoria positivista<sup>64</sup>, mas falha ao não ser completo, por não identificar padrões que pertencem ao direito, mas não foram criadas a partir de decisões legislativas voluntárias.

A regra de reconhecimento seria um verdadeiro *teste de pedigree*, pois utiliza “critérios específicos de teste que não têm nada a ver com o seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou a maneira pela qual foram adotadas ou formuladas”. É um teste de *pedigree* que pode ser usado “para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito)”.<sup>65</sup> É um teste que leva em consideração não se uma norma é substancialmente jurídica, mas sim se ela obedece aos ditames necessários de uma produção normativa corrente em determinado Estado. É um teste em que somente as regras que passaram por um procedimento específico de validade são aceitos como pertencentes ao sistema de direito.

A afirmação de que a regra de reconhecimento dá atenção à forma e não ao conteúdo sustenta-se numa incompletude da lógica que ela se serve para existir. Ao falarmos que existe uma regra<sup>66</sup>, queremos deixar bem claro que há uma prescrição verbal que reunirá uma série de elementos que indicam uma posição positiva (o que deve ser feito ou evitado – numa regra de controle – ou o que ocorrerá diante das condições estabelecidas – numa regra de descrição) e elementos que indicam uma posição negativa (exceções à regra).

Uma regra que pretenda ser demarcatória dos padrões jurídicos oferece um critério sucinto e objetivo de elementos que indicam que uma norma faz parte do conjunto primário do direito e uma série de exceções para a não aplicação da regra

---

<sup>64</sup> Isto é, regras que foram formuladas para serem regulamentos jurídicos sobre casos futuros.

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:28)

<sup>66</sup> Nos referimos aqui a um conceito mais amplo e genérico da regra. Um conceito “comum” do que seria uma regra. Não utilizamos, portanto, o conceito de regra específico de Hart ou de Dworkin.

(como os casos de inconstitucionalidade da lei). Um critério demarcatório baseado em uma regra não poderia fazer referência ao conteúdo das normas, como elemento qualificador da juridicidade satisfatoriamente.

Em primeiro lugar, porque firmar uma regra de reconhecimento na questão de substância é o mesmo que não firmar regra alguma. Não há como conceber um sistema, conjunto, grupo ou área do direito que se distingue de outras áreas morais apontando para o conteúdo do padrão. Estabelecer que todas as normas jurídicas são aquelas cujos os conteúdos versem sobre a “liberdade” é, ao mesmo tempo, uma indeterminação como uma falácia. O que é a liberdade? É possível uma concepção *objetiva* de liberdade? Mesmo que se determine que todas as regras de conteúdo constitucional sejam regras jurídicas não avançaremos muito, pois é totalmente controverso o que é ou não é matéria constitucional (e lembre-se que, para Hart, o que é incontroverso não é direito).

Assim, Hart não poderá introduzir a questão do conteúdo sem alterar significativamente as bases de sua argumentação. As regras jurídicas para Hart são direito por uma questão de forma ou de status. Regra pura alguma poderia levar em consideração o conteúdo em seu sentido estrito, pois nenhuma regra, como uma prescrição verbal, pode determinar de antemão e singularmente uma essência do que é ser “jurídico”.

Hart, assim como a tradição positivista, estará vinculado a uma concepção de validade jurídica estrita. Serão regras jurídicas somente os padrões que possuem algumas características extrínsecas ao seu conteúdo, características objetivas que podem ser captadas por uma regra. Características que normalmente se referem ao modo como foram produzidas ou à sua origem, evidenciando um verdadeiro procedimento de validade jurídica (*é válida toda regra que respeita o método de criação*).

A crítica de Dworkin em face da regra de reconhecimento funda-se na

afirmação de que podem existir padrões que devem ser levados em consideração nas decisões jurídicas (padrões, portanto, que pertencem ao direito), mas que, por não serem regras, já que não advém de uma atividade consciente de produção normativa, não são detectados por um teste de pedigree (ou seja, por um teste de *origem*).

Haveria padrões que, apesar de serem formalmente semelhantes a padrões extrajurídicos, pertenceriam à seara do direito, por essencialmente serem capazes de influenciar as razões dos argumentos jurídicos, a despeito de não terem qualquer característica identificável pela expressão verbal de uma regra. Padrões que, apesar de não terem sido considerados válidos por um procedimento validante oficial anterior, são usados na fundamentação das sentenças dos juízes e dos tribunais quando discutem questões de direitos e de obrigações.

O padrão que estipula, por exemplo, *a proibição de que as pessoas recebam vantagens dos seus próprios ilícitos*, dificilmente seria reconhecido por uma regra de reconhecimento como uma regra válida de um sistema jurídico. Mesmo que essa regra secundária fosse estruturada para considerar como válida todos os *brocados* aceitos como jurídicos dentro da comunidade, não haveria, ao fim, critério nenhum, já que ainda permaneceria uma indeterminação absoluta sobre o rol de brocados que são aceitos (já que é impossível arrolar todos os brocados que são aceitos). Mesmo que fosse possível empreender tal tarefa, dificilmente haveria uma estabilidade temporal nessa lista para que ela pudesse se apresentar como um elemento de uma regra de reconhecimento confiável. Os juízes do caso *Riggs contra Palmer*,<sup>67</sup> contudo, consideraram este padrão como fundamentação jurídica determinante para chegarem ao veredito que privou o assassino dos bens que herdaria do assassinado.

Logo, para Dworkin, o teste de *pedigree* de Hart é insuficiente, pois

---

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:37)

Não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado.<sup>68</sup>

Essas normas diferem muito das regras primárias válidas de Hart. Elas não são aplicadas por um silogismo (subsunção), como são as regras. Não há um efeito que deve se seguir a uma hipótese de incidência. Não há obrigações e direitos específicos que surjam de eventos previstos genericamente pelas normas. Não há como restringir os casos que deverão afetar ou não de antemão. Tais normas (os princípios) algumas vezes são até mesmo desprovidos de uma forma que lembre uma oração verbal prescritiva.

Por mais complexa que fosse, a regra de reconhecimento seria incapaz de determinar todas as tibiezas inerentes ao exercício de identificar padrões jurídicos como os acima. Muitas normas serão frutos de um trabalho de legislação advindo da outorga de poderes constitucionais. Outros padrões, no entanto, serão frutos de fontes múltiplas, inidentificáveis entre si. Esses padrões, que Dworkin agrupará no caldo comum dos princípios (veremos a questão própria dos princípios adiante, no próximo capítulo), não são identificáveis por um teste determinante, criterioso e positivo do direito, como é o teste do papel de tornassol para a química. Existiriam questões, como o valor jurídico de um princípio ou a sua atual vigência, que superam a capacidade de resposta de uma regra, por mais completa e complexa que ela fosse. Esses princípios somente seriam identificáveis a partir de uma atividade filosófica que levaria em consideração toda uma teoria sobre o direito, sobre a constituição e sobre os precedentes.

O critério de demarcação de Hart falha porque não consegue reconhecer que esses princípios não-legislados, espessos, mutáveis e de valor controvertido

---

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:64)

são normas de direito. A regra de reconhecimento de Hart está preparada para reconhecer normas jurídicas objetivamente dadas; ela está preparada apenas para identificar uma espécie de validade jurídica, a validade baseada em características objetivas das regras, sem conseguir identificar aqueles padrões que são aceitos e válidos ao mesmo tempo, aceitos e válidos porque os atos dos tribunais e os atos do poder legislativo levam a essa conclusão. Conclusão que não é extraída da subsunção de uma norma à uma regra, mas sim da atividade de compreensão da entidade jurídica. A regra de reconhecimento não é compatível com uma ideia de “normas que são jurídicas a partir de uma interpretação do seu valor para a teoria geral do direito”.

Regra nenhuma, sendo mecânica como a regra de reconhecimento, pode captar os princípios jurídicos como direito. E é por isso que Dworkin afirma que

ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. 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 interpretação das leis, 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. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart.<sup>69</sup>

## 2.2. INCONSISTÊNCIA DA TEORIA DAS REGRAS SOCIAIS E DAS OBRIGAÇÕES INCONTROVERSAS.

---

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:65)

Hart, na sua análise, detecta um problema de comunicação inerente aos padrões gerais de controle social. A linguagem humana, unida à incerteza dos fatos futuros e das finalidades futuras, enseja uma *textura aberta* que abala com incerteza a franja das normas. As regras sociais jurídicas também padecem desta dubiedade, de forma que somente as obrigações e os direitos que são consensualmente (através de um acordo ou convenção geral) extraídos da formulação verbal podem ser considerados obrigações jurídicas. Nas áreas em que não há um acordo sobre se uma obrigação surge ou não da linguagem da regra, diz-se que não há obrigação jurídica nenhuma. Em outras palavras, a teoria da regra social de Hart afirma que apenas as obrigações e os direitos incontroversos podem ser considerados como obrigações e direitos jurídicos.

Para Dworkin, a proposta de Hart é inaceitável.

Em primeiro lugar, a teoria das regras sociais não é capaz de tratar as questões de moralidade concorrente, casos em que os membros de uma comunidade submetida à uma regra normativa “estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma – ou quase a mesma – regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra”.<sup>70</sup>

Uma obrigação de fundamento concorrente não surge de uma prática social que indique um acordo ou convenção geral em direção à necessidade daquele tipo de conduta, havendo a obrigação, mas não em função do pacto consensual; uma obrigação fundada na moralidade concorrente pode ser evidenciada a partir da aderência da maioria da população a sua prescrição, mas não se considera que esse acordo prático seja determinante para a existência do dever. Pode-se, por exemplo, alegar que há um dever de não mentir, mesmo que na

---

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:85)

realidade muitos naquela sociedade mintam. Muitos acreditam que o réu de um processo administrativo não pode mentir na ocasião de sua defesa. Há uma obrigação de não mentir, mesmo evidenciado o repetitivo descumprimento do acordo.

A teoria de Hart, contudo, não abriga esse tipo de norma como jurídica, pois seu critério de demarcação de obrigações somente indica que os deveres fundados em um acordo acerca do significado das regras válidas pertencem ao sistema de direito. A inexistência de uma sólida prática social de não mentir pode levar “o juiz” de Hart a acreditar que não há uma obrigação de não mentir, mas apenas posições controvertidas, isto é, há uma textura aberta que deverá ser preenchida através do poder discricionário do juiz.

Em segundo lugar, Dworkin crítica a hipótese das regras sociais de Hart por não ser compatível nem mesmo com as regras fundadas em uma moralidade convencional. Uma regra é fundada em uma moralidade convencional<sup>71</sup> nas situações em que uma regra normativa somente existe porque um acordo social ensejou o surgimento do padrão de direito; acordo sem o qual não poderíamos assumir que existe uma regra considerada válida (ou em vigor) na sociedade em tal sentido.

A princípio, pode-se dizer que a teoria de Hart acerca das obrigações identifica-se seriamente com uma concepção de moralidade convencional, já que as obrigações surgem da existência de um ajuste dentro da comunidade sobre as regras sociais. No exemplo da regra que proíbe a entrada de veículos no parque, proíbe-se a entrada de carros e caminhões somente porque existe uma convenção (tácita ou expressa) dentro da comunidade de que carros e caminhões se enquadram no rol de veículos para aquela determinada regra.

Ocorre que, a despeito das semelhanças, Dworkin rejeitará que as regras

---

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:85)

sociais de Hart são um exemplo adequado de moralidade convencional, pois “mesmo quando as pessoas consideram uma prática social como uma parcela necessária das razões para se afirmar a existência de um dever, elas podem, ainda assim, divergir quanto à abrangência desse dever”.<sup>72</sup> Pode haver dentro de uma comunidade a proibição de trafegar com motocicletas no interior de um parque, mesmo que não haja um entendimento unânime nesse sentido.

A falha de Hart, para Dworkin, é acreditar que não há dever algum quando os deveres são controversos. Se somente há uma obrigação dentro de um núcleo de certeza convencional, quando a comunidade concorda sobre a existência de um dever, não havendo uma obrigação quando há uma textura aberta, ou seja, quando não há consenso, então a teoria de Herbert Hart é uma teoria minimalista, que apenas capta o que é incontrovertido como direito, e insuficiente, por alijar do sistema jurídico uma série de obrigações e deveres que, apesar de não contarem com o apoio social unânime, influenciam e determinam anteriormente as decisões públicas das autoridades, ao invés de serem criadas por estes. O positivismo de Hart desconsidera as obrigações controversas como obrigações jurídicas.

Nas ocasiões em que há uma séria controversa entre a existência ou inexistência de uma obrigação, ou seja, em que um litígio surge entre duas partes e deve-se descobrir se o autor tem o direito de ter seu pedido considerado procedente ou o réu tem o direito de ver o pedido ser considerado improcedente, cada parte interessada na resolução da lide e nos efeitos declaratórios que surgem daí não vão afirmar que o direito que alegam ter é a melhor solução que o juiz poderá tomar caso se veja obrigado a decidir em face de um tema controvertido. As partes alegam, factualmente, que possuem um direito jurídico fundado em uma obrigação que já existia e continuará a existir apesar de ele ser controvertido. “As pessoas – pelo menos aquelas que vivem fora dos textos filosóficos – na maior parte das vezes, invocam padrões morais em circunstâncias nas quais há controvérsia. Quando fazem isso, querem dizer não que a regra deva se aplicar ao caso em

---

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:86)

questão, seja o que for que isso possa significar, mas sim que o padrão realmente se aplica.”<sup>73</sup>

Um vegetariano, por exemplo, quando assume que há uma obrigação controversa (já que não unânime – nem majoritária) da abstenção do consumo de carne e de derivados animais, não está sugerindo que é recomendável que os juízes, quando indagados por um processo, criem uma nova regra afirmando que é proibido o abate de gado para o consumo humano, mas sim que é seu dever inafastável sentenciar desta maneira, diante de uma obrigação já existente. Em outro exemplo, uma pessoa, diante da pretensa obrigação de prestar cortesias formais às mulheres (obrigação essa que podemos considerar como consensual em certas épocas) pode considerar que não existe tal dever, fundando em um sentido moral de igualdade de gêneros ou direito de minorias.

A teoria da regra social e da textura aberta, ademais, sobrecarrega o sentido da formulação verbal de uma regra. Afirma que as obrigações surgem de um consenso sobre o sentido de um padrão jurídico, de uma norma, de forma que enseja uma prática social a partir dessa regra social. Desconsidera que uma prática social pode não ser necessariamente a melhor demonstração material de uma verdadeira regra jurídica, não se atentando para o fato de que a expressão verbal que constitui uma regra pode criar controvérsias exatamente porque ela é incompleta em relação à verdadeira regra. Hart acreditava que os deveres surgem apenas da prática que segue um consenso sobre a lei. “O que conta, porém, são os fatos de uma prática consistente; não os acidentes do comportamento verbal”.<sup>74</sup>

As pessoas, por exemplo, podem deixar de pagar pequenos impostos e, ainda assim, acreditar que seguem todas as regras tributárias, apesar de a verdade não ser esta.

Logo, a prática social, que é a exteriorização de um acordo sobre o

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:88)

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:90)

sentido de uma regra, não é o “forno” do qual se criam obrigações e direitos, mas sim uma das justificações de um juízo normativo sobre os padrões jurídicos, juízos que supõem que as práticas são geralmente parte essencial desse próprio juízo. A prática social é um dos fundamentos da existência de uma obrigação, mas não é o fundamento único e muito menos o motivo estritamente necessário da sua existência.

Esta teoria das regras sociais e das obrigações incontroversas é, para Dworkin, produto de uma teoria geral e comum da filosofia “segundo a qual nenhuma proposição pode ser verdadeira, a não ser que exista um procedimento capaz de demonstrar sua veracidade, pelo menos em princípio, de tal modo que qualquer pessoa racional seja obrigada a admitir que é verdadeira”<sup>75</sup>, ou, em outras palavras, que quando há muitas respostas, não há uma resposta correta.<sup>76</sup> Tal teoria geral leva Hart a desconsiderar as obrigações jurídicas controversas como verdadeiras obrigações devido à ausência de um teste mecânico definitivo que solape a controvérsia e faz o autor britânico apelar para a doutrina da discricionariedade. Ronald Dworkin afirma que a teoria de Hart está incorreta porque a teoria do conhecimento em que se baseia é também incorreta.

Uma concepção mais fraca desta teoria poderia ainda ser moldada. Há uma resposta verdadeira para cada caso. A verdade, contudo, está além da capacidade humana, além da atividade dos magistrados ou de outros juristas. Existem casos difíceis em que, apesar dos esforços das partes para demonstrarem os seus direitos, os magistrados não conseguem descobrir qual é a decisão correta e necessária para o conflito, embora exista tal decisão perfeita.

O filósofo tradicionalista<sup>77</sup>, nessas circunstâncias, afirmaria que, sendo impossível decidir corretamente, já que é impossível à autoridade saber qual decisão é ontologicamente verdadeira, deverá então deixar de decidir ou deverá criar uma

---

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:XIX)

<sup>76</sup> Veja o capítulo 13 do livro *Levando os direitos a sério*.

<sup>77</sup> No modelo proposto por Dworkin no capítulo 13.

decisão para o caso, uma vez que deixa de existir uma exigência de se sentenciar corretamente pelo correto ser incognoscível.

Dworkin afirma que a dificuldade em se descobrir a resposta correta não é razão suficiente que franquearia a abertura para a arbitrariedade jurídica. A solução proposta, então, é que dadas as circunstâncias propostas pelo filósofo (há uma resposta certa, mas ela é inatingível), o dever da autoridade pública é a de encontrar a melhor decisão, no sentido daquela decisão mais próxima daquela ontologicamente perfeita.

Não há o exercício de um poder discricionário de mera escolha pelo magistrado, mas sim a sua vinculação com o compromisso de formular a melhor resposta para o caso concreto (como veremos no próximo capítulo, o modelo de Dworkin de solução dos casos difíceis pressupõe como dever da autoridade pública, diante de um caso controvertido, proceder de formar a encontrar a melhor resposta – em contraste com o modelo de Hart, de que não há resposta, apenas a escolha de um lado).

Esse modelo, da melhor resposta, é oferecido porque o autor do *Levando os direitos a sério* acredita que o modelo positivista, da discricionariedade diante da incerteza, não retrata a realidade constante da prática forense. Os juízes frequentemente se vêm diante de questões controversas, em que não há uma regra certa que permita separar as alegações baseadas em direitos verdadeiros e as alegações com fundamentos espúrios, e, quase sempre, julgam a favor de uma posição em detrimento de outra posição segundo motivos de direito e não de escolha. Em outras palavras, os magistrados, mesmo diante da incerteza, não alegam que estão impedidos de encontrar a resposta verdadeira e, assim, escolhem discricionariamente um caminho. A alegação comum que se encontra nas sentenças dos casos difíceis é a de que, após muito avaliar todas as peculiaridades do caso e das normas, o juiz chegou a uma conclusão sobre qual é a verdadeira resposta do caso.

É possível, ainda, uma concepção não mais fraca, mas mais forte, da teoria filosófica que Dworkin acusa Hart de adotar. É a teoria de que é possível que tanto a alegação a favor do polo ativo de uma relação processual, como a alegação em favor do polo passivo, são alegações falsas sobre o direito. A verdadeira alegação, nesse caso, seria a alegação em favor de um empate.

Para Dworkin, uma resposta verdadeira a favor do empate é algo muito raro dentro de uma comunidade que possui um substancial sistema jurídico. Uma sociedade que conte com um ordenamento de leis e precedentes já em um estágio alto de evolução não se deparará com uma situação de empate – uma situação em que não existe um padrão jurídico favorecendo nem ao autor e nem ao réu – corriqueiramente. Uma sociedade recém formada, em que poucos casos foram discutidos dentro da esfera judicial poderá se ver diante de várias causas em que o direito existente não aponta nenhuma solução para um ou para outro lado. As sociedades modernas ocidentais, todavia, contam já com um arcabouço gigantesco de casos concretos. É difícil acreditar que, no atual sistema jurídico britânico (ou americano, ou brasileiro), todos os casos controversos indicam que, na verdade, ainda não há direito algum sobre os fatos *in judice*, que há um empate, de forma que deve o juiz criar uma regra nova para dirimir a causa.

Em síntese, a teoria filosófica atacada por Dworkin é uma teoria divorciada da realidade jurídica. Em sua fórmula padrão afirma que não há resposta verdadeira em situações em que há controvérsia, atitude que não é seguida pelos magistrados, que continuamente decidem casos duvidosos declarando que optam pela via correta (e não escolhida).

Em sua fórmula mais fraca, propõe que há uma resposta verdadeira, porém inatingível pelo homem. Esta afirmação, mesmo que verídica, não é razão suficiente para que o jurista desista de procurar o correto (ou o mais próximo do correto) e adote qualquer espécie de discricionariedade em suas decisões.

Em sua fórmula mais forte propõe que nas situações de divergência não há um lado correto, sendo certo que o correto é a posição de um *empate*. A teoria do empate, inicialmente plausível, é equivocada ao se constatar que os sistemas jurídicos atuais são tão complexos e aprimorados que dificilmente ocorrerá uma situação em que nenhuma das duas partes tenham pelo menos um argumento jurídico que sustentem os seus interesses.

Alegar, portanto, que somente há uma resposta correta quando um teste mecânico puder demonstrar, indubitavelmente, qual é a verdade é alegar algo vazio, que não corresponde à maneira de agir dos magistrados, dos advogados e dos operadores do direito. Há um erro em se afirmar que somente existe uma resposta jurídica verdadeira quando esta puder ser reconhecida objetivamente e de plano. Há um erro vital na teoria do conhecimento que Hart adota, erro que torna o *conceito de direito* do autor inglês incompleto e restrito.

### 2.3. A TEORIA AD-HOC DO PODER DISCRICIONÁRIO

A teoria de que uma proposição somente é verdadeira caso um procedimento determinante e objetivo o prove, levou Hart (segundo Dworkin) a acreditar que somente seria direito os padrões e as obrigações que passassem por tal tipo de “teste regrado da verdade”. Com isso, a Teoria do Direito Positivista em voga deixou importantes elementos de um sistema jurídico de fora de seu conceito.

Os princípios, por sua origem difusa, não são identificados pela primeira face do critério de demarcação de Hart, a regra de reconhecimento. As obrigações controvertidas, por não fazerem parte de um suposto consenso retirado da prática social, não são consideradas obrigações jurídicas que obrigam os juízes e outras autoridades e decidirem em determinado sentido, não sendo captadas pela segunda

face do critério de demarcação de Hart, das obrigações incontroversas.

Essa (dupla) deficiência impeliu a teoria positivista a criarem hipóteses para explicar porque os casos difíceis, onde não há obrigações incontroversas, eram resolvidos a partir de sentenças judiciais que falavam de deveres, obrigações e princípios. A solução de Hart foi a doutrina do poder discricionário.

A doutrina pressupõe que apenas as regras reconhecidas por um teste de pedigree são padrões jurídicos idôneos para criarem as obrigações, por serem normas dotadas da autoridade da validade. Dessas regras, somente as obrigações consensualmente aceitas pela comunidade são obrigações jurídicas, sendo as demais meras recomendações ou posições não-oficiais sobre o direito.

Há casos, todavia, em que uma disputa chega aos tribunais, para que os magistrados decidam qual direito se aplica ao caso, sem que exista uma regra válida (segundo a regra de reconhecimento) sobre o assunto, ou havendo, sem que haja uma concordância sobre se tal norma obriga ou não uma das partes envolvidas no conflito em pauta. Os juízes, nesses casos controvertidos, pela doutrina, não estariam vinculados ao dever de decidir conforme o direito, pois não existe uma posição conforme o direito. Resta, portanto, utilizando-se de uma racionalidade extrajurídica, não mais contida pelo sistema de direito, escolher dentre os vários sentidos não consensuais de uma regra social qual ele irá aplicar ou mesmo se ele aplicará uma decisão fundada não em uma regra, mas em padrões de política, de economia ou da moral.

Esta teoria supõe que as decisões dos casos difíceis fundadas em princípios ou em sentidos controversos das regras são soluções que advém de uma racionalidade subjetiva das autoridades responsáveis pelas decisões, que formam seu entendimento baseados em meras recomendações ou sugestões morais, políticas e econômicas. Não há soluções racionalmente jurídicas, não há decisões juridicamente vinculadas.

Este é o ponto crítico (e falho) da doutrina, segundo Dworkin. O poder discricionário não apenas reforça a ideia errônea de que os princípios e as obrigações controvertidas não são direito, como vai além e faz pior: afirma que todas as decisões baseadas em princípios e obrigações controvertidas são decisões pessoais das autoridades públicas e não decisões de direito.

O sentido utilizado por Hart de Poder Discricionário não é sentido fraco. É um sentido forte porque significa que as autoridades julgadoras terão que formar (criar) um juízo de discernimento ou entendimento sobre a questão.<sup>78</sup> A doutrina do positivismo das regras sociais segue uma teoria forte do poder discricionário, uma teoria de que, em certos assuntos, a capacidade de julgamento ou de decisão de uma autoridade pública não está limitada pelos padrões ou limites do sistema jurídico já existente.<sup>79</sup>

A principal consequência de formular o Poder Discricionário desta maneira forte é a de que as decisões consideradas discricionárias são de natureza diversa das decisões obrigatórias. Uma decisão discricionária, baseada no bom senso ou numa racionalidade aberta pode ser uma decisão negligente, estúpida ou mal intencionada na visão de outras pessoas, mas não pode ser essencialmente errada, pois se não está limitada ou vinculada a um padrão ou a um critério, não há como dizer que foi uma decisão que não poderia nunca ser tomada. Uma decisão que derive de uma obrigação (de se decidir daquela forma), por outro lado, pode e é errada quando não obedece a esse dever.

É esta questão que Dworkin acredita que seja o “calcanhar de aquiles” da doutrina do poder discricionário. Acreditar que os casos jurídicos controversos são resolvidos com um poder discricionário em sentido forte, ilimitado em face dos parâmetros de direito, é afirmar que uma decisão tomada por uma autoridade, em uma situação de dúvida, é uma decisão que pode ser criticada pelos opositores, mas

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:51)

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:52)

que nunca pode ser considerada errada, juridicamente falando.

Se os julgamentos dos *hard cases* são resolvidos a partir do poder discricionário do magistrado, pode-se afirmar que a sua decisão foi tomada de maneira afoita, que ele foi imprudente ao escolher sua posição ou mesmo que a sua decisão é claramente parcial. Contudo, como se trata de uma escolha, não é possível dizer que a resposta do juiz é incorreta e não deve ser obedecida, uma vez que, pela doutrina, a liberdade de escolha é uma prerrogativa da autoridade.

Caso a teoria de Hart realmente ditasse o expediente forense, as partes envolvidas em uma controvérsia sobre um caso difícil somente deveriam argumentar em favor de sua posição (que na verdade não passaria de uma recomendação – *ought* – nunca sendo uma obrigação ou um dever – *duty*), até o momento em que o judiciário (ou outro órgão decisório) escolhesse uma das alegações possíveis, tornando-a a posição oficial, dotada de autoridade. Escolhida, a posição oficial passaria a ser parte do direito posto, incontroverso, restando à parte que defendia as alegações contrárias lamentar, questionando se a decisão discricionária realmente foi a decisão mais prudente e refletida. Não caberia aos derrotados clamar por uma nova decisão, fundada no erro judiciário e na incorreção da resposta dada, uma vez que a resposta oriunda da escolha nunca estaria de fato errada.<sup>80</sup>

A realidade é oposta à demonstração hipotética do parágrafo anterior. As partes que influenciam uma decisão de um caso controverso não defendem as suas teses baseados na questão de serem “a melhor escolha possível”. Cada parte, na verdade, alega que possui um direito a uma determinada decisão, a única decisão correta, do ponto de vista jurídico, para aquele caso circunstancial. Não se trata de convencer o juiz de que é melhor escolher a decisão favorável ao seu lado. Trata-se de demonstrar ao juiz como o seu argumento é compatível com os padrões jurídicos, com os precedentes e com as teorias jurídicas, demonstrando que a decisão de direito é a decisão favorável.

---

<sup>80</sup> Veja o capítulo 7 do livro *Levando os direitos a sério*.

Mais do que uma hipótese que tenta suplementar as lacunas da tese positivista de Hart, a doutrina do poder discricionário torna as decisões dos casos difíceis irracionais do ponto de vista jurídico. Afirmar que a autoridade faz uma escolha ao invés de reconhecer o direito a uma determinada decisão, afirmar que o juiz está livre dos padrões e dos limites do direito ao sentenciar os casos difíceis é afirmar que uma grande parte do fenômeno jurídico não está alicerçado na própria base teórica do direito; é negar que as decisões jurídicas são de direito. Hart, ao combater o ceticismo permitindo, porém, a sua intrusão na franja das regras,<sup>81</sup> acabou por entregar grande parte do direito, talvez a parte mais importante – a dos casos controversos – nas mãos dos céticos.

#### 2.4. EXEMPLOS

A alegação de Dworkin contra a teoria de Hart se justifica na ideia de que a teoria positivista, a regra do reconhecimento e a doutrina do poder discricionário são hipóteses que falham ao descrever o mundo e os fenômenos jurídicos como eles devidamente são na realidade.

Uma série de exemplos são invocados no *Levando os direitos a sério* (e em outras obras posteriores, como no *Império do Direito*); exemplos que pretendem demonstrar que, em muitos casos, especialmente nos casos difíceis, as autoridades que são chamadas para resolver casos controversos não somente afirmam que há uma resposta jurídica para o litígio, como essa resposta fundamenta-se em um padrão que é jurídico, a despeito de sua origem ou do seu *pedigree*. Um magistrado, portanto, não estaria vinculado apenas às regras proceduralmente válidas (que passaram pela regra de reconhecimento) e aos sentidos incontroversos de tais regras. Um juiz trata os princípios que utiliza para decidir na lacuna das regras ou na

---

<sup>81</sup> HART, Herbert. Conceito de direito. (2007:167-168)

controvérsia de sentidos como princípios de direito, e não como padrões extrajurídicos utilizados perante o silêncio do ordenamento do direito.

Um exemplo famoso, presente tanto na obra que estudamos aqui como em um livro posterior (*O império do direito*), é o do caso *Riggs contra Palmer*<sup>82</sup>. O litígio versava sobre uma aparente lacuna da lei de sucessões, uma vez que nenhuma regra falava expressamente acerca dos efeitos sobre um testamento na hipótese do herdeiro ter matado o *de cuius* exatamente com esta intenção, de receber seu quinhão. Hart explicaria que nessa situação, em que não há um direito incontroverso e nem uma regra válida que regule o caso, os magistrados deveriam deixar o sistema jurídico existente de lado por um momento e, no gozo de um poder discricionário, resolver a questão lançando mão do bom senso, da experiência pessoal de cada um e, possivelmente, de princípios da moral e da ética de sua sociedade. Dworkin afirmará, contudo, que os magistrados em nenhum momento do caso real tomaram essas providências ao decidir o caso concreto.

Os juízes vencedores do caso *Riggs contra Palmer* fundamentaram sua decisão em um princípio que eles declararam pertencer ao direito costumeiro (*commom law*) de sua sociedade; o princípio jurídico de que ninguém poderá obter uma vantagem (lucro) de seus próprios atos ilícitos. Tal padrão induz ao postulado de que não é possível basear qualquer reivindicação de direito em sua própria iniquidade, assim como não há a aquisição de propriedades provenientes de atos criminosos. O caso controverso foi decidido em desfavor do herdeiro, que não recebeu a herança, uma vez que a sucessão foi estimulada por um crime de homicídio cometido com este fim e, como afirma o princípio costumeiro, não há lucros provenientes de atos ilegais.

Os magistrados, portanto, em nenhum momento trataram o caso controverso como um litígio em que não havia uma resposta jurídica. Eles não pontuaram em sua sentença que, pela inexistência de uma regra válida clara sobre o

---

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:37)

assunto, havia uma liberdade para julgar o caso a partir de qualquer dado extrajurídico. O princípio que justificou a posição vitoriosa não foi tratado como uma escolha dentre várias outras possíveis, como uma escolha pela opção que trouxesse maiores contribuições para a sociedade ou que evitasse desastres. A sentença se baseou em um padrão que as autoridades acreditaram ser um padrão de direito, uma norma que estabelecia que uma decisão contrária aos interesses do herdeiro deveria ser tomada como medida jurídica necessária.

A decisão contrária aos interesses do herdeiro assassino não era uma decisão discricionária, mas sim uma decisão obrigatória; era a única decisão que poderia ser tomada no caso, por ser uma decisão necessária pelo direito. A decisão contrária, favorecendo o criminoso, não era uma decisão possível. Caso os juízes decidissem dessa forma, estariam decidindo de maneira juridicamente errada.

Se essa interpretação de Dworkin do caso *Riggs contra Palmer* for verdadeira, então os magistrados, perante a inexistência de uma regra procedimentalmente válida ou diante de um direito controverso, não utilizam o poder discricionário e criam uma nova regra jurídica a partir de sua autoridade advinda da regra de julgamento, mas procuram por outros valores e normas juridicamente satisfatórias para resolver os casos que estão na franja do sistema de direito.

Outro exemplo é o do caso *Henningsen contra Bloomfield Motors Inc.*<sup>83</sup> O demandante, a despeito de uma cláusula contratual que estipulava que a ré somente seria responsável pelos danos materiais referentes às peças automotivas do veículo, propôs uma ação indenizatória contra a montadora, requerendo a reparação de todos os danos oriundos de um acidente automobilístico envolvendo um automóvel produzido por ela.

O tribunal, apesar de conhecer que o direito regula que os contratos devem ser observados e executados, acabou por decidir em favor do autor. A

---

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:38)

primeira norma jurídica utilizada para fundamentar o voto vencedor foi o princípio abstrato de que as montadoras, na sociedade atual do risco, têm uma “obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda dos seus carros”.<sup>84</sup> Uma segunda norma jurídica foi o princípio de que os tribunais não podem ser ferramentas de iniquidades, devendo sempre zelar pela igualdade e pela justiça.

Novamente, Dworkin insiste que os tribunais não são legisladores que atuam quando há uma omissão legal ou quando o caso é controverso. Os magistrados procuram por normas jurídicas que não são regras que possam demonstrar qual é a melhor resposta jurídica que pode existir para a resolução do litígio difícil. Este exemplo, ademais, vai além do exemplo anterior do herdeiro repudiado. Aqui, o Poder Judiciário não somente fundamentou a sua decisão em um padrão jurídico axiomático (o princípio), como também afirmou que esse valor-norma é suficiente para afastar um direito expresso e positivo, o direito da montadora de não ser responsabilizada, que estava estabelecido no contrato anterior.

---

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:38)

### **CAPÍTULO 3. A TESE DOS DIREITOS DE DWORKIN – PRINCÍPIOS E DIREITOS CONTROVERSOS COMO PARTE DO MUNDO JURÍDICO**

Dworkin critica a teoria positivista de Hart porque ela trata o “Direito” como um sistema finito e objetivo muito mais enxuto do que é de fato. Aquele acusa este de excluir importantes elementos do direito, como os padrões principiológicos e os direitos e deveres controversos, formando uma caricatura jurídica do que acontece nos tribunais, atribuindo ao fenômeno jurídico um caráter de arbitrariedade que tornaria irracional o que na verdade é uma racionalidade jurídica.

Em outras palavras, Dworkin ataca as duas faces do critério de demarcação do direito proposto por Hart. Ataca a primeira face do critério, que apenas considera as regras válidas (e a regra de reconhecimento superior aceita), como padrões jurídicos que formam o sistema jurídico. Ataca, ainda, a segunda face do critério que afirma que (i) os direitos e as obrigações somente derivam das regras sociais e que (ii) somente são obrigações e deveres jurídicos as obrigações e os deveres incontroversos, que sejam aceitos por um acordo ou por uma convenção.

Uma teoria do direito que desse conta da realidade forense deveria, portanto, na visão de Dworkin, contar com um critério, com uma espécie de teste (ou pelo menos com um guia) que pudesse demonstrar (e, em certa medida, prescrever) como o operador do direito, especialmente o magistrado, encontra os padrões que não estão na lei e que devem ser aplicados para a solução dos casos difíceis. O modelo também deverá ser suficiente para detalhar como um julgador deve se posicionar diante de direitos controversos, já que tais direitos também são jurídicos (existem), sem apelar para uma arbitrariedade ou para uma irracionalidade como a proposta pela doutrina do *poder discricionário*. O restante do atual capítulo descreverá a teoria do direito e o modelo de decisão que Dworkin oferece para resolver a questão do conhecimento do que é direito.

### 3.1. OS PRINCÍPIOS COMO PADRÕES JURÍDICOS

O modelo de Hart para a solução dos casos jurídicos se dá em duas partes. Primeiramente, a autoridade competente pelo julgamento identifica quais são as regras primárias válidas de um sistema jurídico, utilizando para isso a regra de reconhecimento (ou a complexidade das regras de reconhecimento). Dessas regras válidas, descobrirá quais direitos e deveres convencionais emanam a partir de tais padrões. Se houver uma regra que regule integralmente o caso, basta um exercício de silogismo para a aplicação da norma.

Evidenciado, todavia, que não há uma regra que diretamente estipule um direito ou um dever para o caso concreto em julgamento, concebe-se que tal evento encontra-se dentro da *textura aberta* do direito, não existindo, ainda, uma decisão jurídica oficial e autoritária, existindo, apenas, posições controversas e não oficiais e, portanto, sem autoridade. Diante dessa lacuna (da falta de uma posição jurídica) sobre os deveres e direitos que regulam uma situação em particular, deve o julgador competente (normalmente o magistrado) escolher, não através do direito, que se cala sobre o assunto, mas através de sua experiência, do bom senso e dentro da razoabilidade, ponderando os interesses conflitantes,<sup>85</sup> a decisão que, a partir daquele momento, determinará como os eventos futuros similares serão resolvidos; criando regras (agora jurídicas) para a hipótese de incidência.

A resposta do livro *O conceito de direito* para os casos difíceis exige que o juiz, em sua decisão discricionária, não somente leve em conta uma racionalidade e uma lógica baseada em fatos empíricos da cultura e da formação da sociedade, como também exige um grau de intersubjetividade, ao avaliar que é fundamental, para o processo de escolha oficial, levar em conta os interesses que estão em conflito diante do caso concreto. Aparentemente, Hart oferece uma resposta racional

---

<sup>85</sup> HART, Herbert. *Conceito de direito*. (2007:148)

para o problema da controvérsia jurídica. Como não há uma resposta correta objetivamente e facilmente dada para a solução de um *hard case*, nada mais razoável que uma autoridade pública utilizar-se da sua própria razão para, levando em conta as variáveis, decida ele mesmo sem o auxílio do direito, criando ele, outrossim, o direito a partir daquele ponto.

Dworkin entenderá, contudo, que a doutrina de Hart do poder discricionário não somente é irracional (do ponto de vista jurídico) por apresentar uma decisão que é arbitrária diante do próprio sistema do direito, como também não corresponde ao que se vê no dia-a-dia dos tribunais, já que vai de encontro aos fundamentos dos votos das sentenças e dos acórdãos, onde os julgadores insistem que “encontraram” o direito que deve se aplicar ao caso difícil e não afirmam que “criaram” uma nova regra de direito diante do silêncio do ordenamento.

Desta forma, é necessário que se ofereça um novo modelo de decisão para os casos difíceis, em que há controvérsia; um modelo que não trate a sentença de um *hard case* como produto do exercício de um poder discricionário no sentido forte, mas sim como produto de uma atividade de descoberta dos direitos e dos deveres que as pessoas, em uma determinada sociedade sob o julgo de determinada teoria dos direitos, possuem. Não se pode tratar os padrões e elementos que fundamentam e motivam uma decisão de um caso controverso como padrões extrajurídicos. Os princípios, valores, regras e normas em que se fundam as soluções dos casos difíceis são elementos que pertencem, portanto, ao direito e não a algum outro corpo de controle social.

Superficialmente, pode-se pensar que se trata tão somente de uma revisão semântica da teoria de Hart. Talvez o ataque de Dworkin não seja tão destrutivo como à primeira vista. Somente se afasta a pujante nomenclatura “poder discricionário” e afirma-se que, realmente, não há uma escolha dentre decisões jurídicas, mas sim que os magistrados escolhem dentre princípios e políticas que fazem parte do direito. Não haveria uma separação real entre o entendimento de

Hart e de Dworkin. Houve apenas uma correção, pois se descobriu apenas que o poder discricionário não é uma escolha dentre padrões extrajurídicos, mas sim uma escolha dentre padrões jurídicos.

Todavia, acolher essa tese seria acolher que o direito apenas trás uma série de regras e princípios que, no fundo, não se revestem de obrigatoriedade nenhuma. Se diante dos casos controversos o juiz pudesse escolher dentre um rol de alternativas, todas jurídicas, evidenciar-se-ia que, na realidade, o direito é obra da vontade do magistrado, que criaria uma norma pós-evento, já que nenhuma das alternativas era, anteriormente a decisão judicial, a decisão correta por direito. Acolher essa tese seria declarar que o direito não é racional, mas apenas um produto dos sabores das autoridades públicas, declaração esta que Dworkin não se dispõe, em sua teoria do direito, a fazer.

O primeiro passo, portanto, para se refutar a existência (e necessidade) de uma doutrina do poder discricionário, é evidenciar que os padrões de direito não são padrões semelhantes a meras recomendações ou sugestões, que podem ou não ser acolhidos como fundamentos de uma decisão judicial.<sup>86</sup> As regras e os princípios jurídicos são elementos do direito que determinam obrigações e direitos que, a despeito de poderem ser conflituosos, são vinculantes e devem ser levados efetivamente em consideração.

Os juízes do caso *Riggs vs Palmer*,<sup>87</sup> ao fundamentarem a sua decisão, impedindo que o assassino recebesse a herança da sua vítima, aceitaram o princípio de que “uma pessoa não pode tirar vantagens de seus atos ilícitos”, não como uma alternativa, como uma recomendação do que seria melhor fazer; o princípio fundamentou a decisão porque havia um dever por parte dos magistrados de levar em consideração o princípio como uma norma que vincula a decisão judicial, sem, no entanto, receitar efeitos objetivos (como ocorre com as regras jurídicas).

---

<sup>86</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:76-78)

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:37)

Há uma espécie de descoberta<sup>88</sup> e não uma opção. Os juízes não aplicam os padrões jurídicos em suas decisões porque o bom senso, ou sua experiência como julgador apontam para aquela alternativa. Juízes aplicam as normas porque, em sua concepção de autoridade judicante, observam que tais fórmulas descritivas não são facultativas, são obrigatórias no sentido que devem ser observadas, tanto nos casos fáceis, em que para Hart há somente um exercício de silogismo (subsunção do fato à norma), como nos casos difíceis, em que há, apesar da controvérsia, direitos e obrigações estabelecidas previamente ao julgamento.

Isso quer dizer, em um primeiro momento, que nem todos os padrões, que um positivista aceitaria para a solução de um *Hard case*, podem ser utilizados para o mesmo fim no modelo decisório de Dworkin. Em Hart, por envolver uma discricionariedade no sentido forte, o julgador pode utilizar qualquer padrão para alicerçar a sua decisão, desde um princípio de moralidade, como a boa-fé, até uma política pública econômica, como os subsídios do governo para certas áreas da indústria nacional. Em Dworkin, por se tratar de uma decisão racionalmente jurídica, o julgador somente poderá fundar uma sentença jurídica em padrões que pertençam ao direito.

Surge então a linha demarcatória necessária para a teoria de Dworkin; a linha que divide os padrões *que não se comportam como regras* em padrões que pertencem diretamente ao direito (princípios; e, portanto, devem ser levados em consideração pelos magistrados em suas decisões jurídicas), e os padrões que não pertencem diretamente ao direito (políticas; não devendo ser levados em consideração pelos juízes em suas decisões jurídicas, exceto quando direitos institucionais – legislados – emergem desses elementos).

A política é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social

<sup>88</sup> Descoberta que retrata, como veremos adiante, muito mais um modelo *constutivo* de verdade do que uma *prospecção* da verdade.

da comunidade”.<sup>89</sup> A política encerra em seu bojo uma série de interesses vinculados às metas coletivas e objetivos sociais da comunidade. Não tratam, em sentido estrito, de direitos e de situações de igualdade, mas sim de situações econômicas, políticas e sociais desejáveis em face das condições concretas e factuais de determinado grupo. As metas que visam o aumento gradual das exportações de bens industrializados, as políticas de pesquisas científicas e os objetivos econômicos de um governo perante o setor agrário são padrões do tipo “política”.

As políticas não são padrões que, independentemente, fundamentem direitos e objetivos jurídicos. No entanto, as metas e objetivos podem ser concretizadas por uma lei ou por um ato governamental; podem se tornar mais do que alvos e passar a serem programas públicos. Nessas situações, as políticas começam a ensejar, institucionalmente, através da atividade legislativa do Estado, direitos e obrigações atreladas aos interesses públicos.

Uma meta econômica pertinente ao segundo setor, por exemplo, pode resultar em uma série de subsídios a certos setores da indústria. Os auxílios econômicos não serão equitativos, não serão destinados para toda a indústria, mas somente às áreas que, segundo o plano público, serão mais efetivas em determinada situação. Estes subsídios, todavia, no momento em que são concedidos pelo governo, através da legislação, passam a ser “direitos jurídicos subjetivos” titularizados pelas pessoas jurídicas e físicas pertencentes aos grupos agraciados. Outros industriais, porém, que não participam dos grupos que são alvos da política, não terão direito a qualquer tipo de auxílio.

O padrão em si (por exemplo: *o segundo setor deve ser estimulado para que a economia cresça eficientemente*) não é um argumento em favor da existência de direitos e obrigações em face de pessoas particulares ou públicas. A política somente poderá dar boas razões para que as autoridades, responsáveis pelas escolhas políticas em geral (os parlamentares e os chefes de executivo), deem

---

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:36)

andamento a programas governamentais e criem leis e regulamentos que estipulem alguns direitos e alguns deveres que atuem no sentido da otimização da situação almejada (*crescimento do setor industrial e da economia em geral*), sem que, necessariamente, conceda direitos e privilégios a todos os membros do grupo ou da comunidade.

O princípio, por sua vez, é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>90</sup>

O princípio não reflete um interesse coletivo ou um objetivo da sociedade. O padrão é, na verdade, uma referência a um valor cultural, subjetivo ou humanitário que é aceito e exigido pela sociedade como um imperativo, como um estado, situação ou evento que deve ser promovido ou protegido por uma questão moral. Quando aceita-se e exige-se que as instituições estatais promovam ou protejam o valor, estamos diante de um princípio que também é, além de moral, jurídico. Trata-se de uma exigência fundada em um valor imperativo e não em uma meta ou situação desejável. O princípio é a formulação de um estado necessário e não de uma escolha política.

Logo, pela sua própria natureza, um princípio dará vazão, de imediato, à possibilidade de uma série de deveres e de direitos que podem existir sem a anterior necessidade de um programa político ou da promulgação de uma legislação que os conceda. Quando afirmamos que “uma pessoa não pode tirar vantagem dos seus próprios atos ilícitos”, desejamos evidenciar que, *a priori*, mesmo sem haver uma regra legislada, aceitamos e exigimos que um delinquente não tenha direito aos lucros advindo de sua prática ilícita e, sobretudo, que uma pessoa tem o dever de não cometer atos ilícitos.

---

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:36)

Apesar de não funcionar segundo o critério do *tudo-ou-nada*, o princípio jurídico será suficiente para fundamentar e justificar direitos em favor de uma posição ou em favor de outra posição. O princípio não regula expressamente quais são as condutas que uma pessoa deve praticar ou quais condutas ou situações uma pessoa pode exigir de outras, mas traz fundamentos que sustentam certos deveres e certos direitos.

O princípio possui uma universalidade essencial que é dispensável às políticas. Os valores traduzidos juridicamente pelos princípios tratam de aspectos gerais, que cuidam de exigências e não de interesses políticos ou econômicos desejáveis. Enquanto uma política econômica de incentivo do setor industrial pode gerar, após um processo político, direitos para somente alguns grupos, os princípios fundamentam direitos e deveres que pretendem atingir a totalidade de pessoas de um grupo ou sociedade, respeitando um critério de equidade.

Não há por que, por exemplo, acreditar que a fórmula de que “não podemos tirar vantagem dos nossos próprios atos ilícitos” não se adeque a todas as pessoas sujeitas ao direito, criando uma proibição abstrata em face do abuso geral. Um princípio, como o visto agora, somente não seria aplicado em face de uma pessoa ou de um grupo de pessoas caso houvesse um motivo determinante para isso, como uma regra alicerçada em um outro princípio (como a regra da usucapião, que se baseia, dentre outros, no princípio da segurança jurídica), e em alguma outra razão que fosse forte o suficiente para afastar a aplicação dos efeitos de um padrão principiológico.

A política é a tradução de um objetivo ou meta coletiva desejável. O princípio é a tradução de uma exigência moral, que pode ou não ser jurídica.<sup>91</sup> Uma política somente irá beneficiar e criar direitos através de uma ação pública afeta à otimização dos interesses desejáveis. Um princípio fundamenta direitos e obrigações

---

<sup>91</sup> O princípio cristão do perdão é, em nosso sistema jurídico, um princípio apenas moral. O princípio da presunção de inocência, por outro lado, é um princípio moral que também é jurídico em nossa sociedade.

titularizados pelas pessoas, ou pelos grupos de uma forma geral, sendo certo que todos são atingidos, a não ser que haja uma boa razão para que os direitos ou deveres sejam afastados de alguém.

Do exposto, contudo, surge uma pergunta. Se é certo que os magistrados descubrem os direitos e deveres que regulam um caso concreto na ocorrência de um caso difícil, poderá os juízes utilizarem as políticas, os princípios ou ambos para encontrar a solução de um *hard case*?

Aqui, um exemplo do próprio Dworkin pode ser pertinente. No litígio *Spartan Steel & Alloys Ltd vs. Martin & Co.*,<sup>92</sup> a empresa-autora processou a empresa-ré por prejuízos materiais pela razão dos empregados da ré terem cortado, por negligência, um cabo que fornecia energia elétrica para a autora, interrompendo as atividades desta e causando danos de ordem material.

Na ausência de uma regra que definisse estritamente o caso, os juízes do tribunal teriam que decidir se a ré deveria ser condenada a pagar os prejuízos e, decorrentemente, deveriam decidir se a condenação/absolvição se basearia em um princípio, que indicaria que uma empresa deve responder pelos atos de seus funcionários, ou com base em uma política econômica, determinando se os prejuízos deveriam recair sobre o agente econômico mais forte (ou mais fraco).

Caso os *hard cases* fossem resolvidos a partir de uma decisão discricionária no sentido forte, como afirma Hart, os magistrados, ao não detectarem nenhuma regra válida concernente ao caso, poderiam escolher dentre várias alternativas para o solucionar a contenda da *Spartan Steel*. Poderiam resolver acatar algum princípio moral de responsabilidade, declarando que a empresa-ré deveria ressarcir a empresa-autora, uma vez que existe um dever da empregada em responder pelos atos de seu autor. Poderiam, igualmente, eleger outro princípio moral de responsabilidade para sentenciar, afirmando que não há qualquer nexo

---

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:131)

entre os resultados da negligência de certas pessoas e o patrimônio de uma terceira pessoa, independentemente da relação de trabalho em jogo.

Por outro lado, todavia, os magistrados de Hart não teriam dever algum com esses princípios de moralidade; eles poderiam optar por uma solução econômica para o caso, decidindo que os prejuízos deveriam ser suportados pela parte mais rica (para não levar o pobre à falência), ou pela parte mais pobre (para não afetar a atividade econômica do agente econômico mais eficiente). Poderiam até mesmo, por sua experiência e bom senso, chegar à conclusão de que a melhor saída é dividir os prejuízos dentre todas as partes, independentemente de quem agiu com culpa ou foi vítima da situação.

Dworkin propõe que os juízes não tratam (ou não deveriam tratar) as suas decisões como escolhas da maneira que retratada no parágrafo anterior. Os magistrados não fundamentam as suas sentenças declarando que, após arrolar uma série de opções igualmente aceitáveis, chegaram a uma decisão, elegendo a alternativa que eles acreditavam ser a melhor, independentemente se por uma razão de justiça, de moral ou de utilidade econômica. Dworkin afirma que os juízes chegam a uma decisão e declaram que ela é a decisão necessária, baseada em questões que exigiam a solução de um caso daquela maneira, embora o fundamento escolhido fosse, anteriormente à sentença, controvertido.

A teoria dos direitos de Dworkin baseia-se na ideia de que, mesmo diante da controvérsia, há uma resposta certa<sup>93</sup>; uma resposta certa de direito (não extrajurídica). A resposta de um magistrado, dessa maneira, não pode se motivar em qualquer razão plausível, mas sim em uma razão que, desde já, permita à autoridade julgadora descobrir quais direitos e deveres as pessoas de determinada sociedade possuem. O magistrado, em outras palavras, não pode fundar suas decisões em políticas, mas tão somente em princípios.

---

<sup>93</sup> Veja o capítulo anterior, onde há a crítica de Dworkin à teoria de Hart.

O princípio já fornece uma razão para se crer que existem direitos ou deveres anteriores ou, pelo menos, fundamentos para acreditar que as condutas de uma pessoa sejam controladas pelo direito. As políticas não são aptas a fornecer uma razão dessa espécie, dando apenas bons motivos para que uma política pública (em sentido lato) seja aplicada, caso vá ao encontro dos interesses da sociedade.

As políticas, portanto, podem criar ou não deveres em decorrência dos programas públicos ensejados por elas. “As decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração”<sup>94</sup>. Logo, a escolha de que direitos e deveres devem ser criados cabem ao julgo de pessoas que, no mínimo, representem a opinião ou a vontade pública, de agentes políticos em sentido estrito. Os direitos e deveres serão parciais e limitados, frutos de uma ponderação política. São direitos que somente podem ser criados por procedimentos expressos cuja aplicabilidade deve se restringir aos alvos da meta coletiva ou do objetivo político.

Caso um magistrado decidisse ampliar as consequências de uma política ou de uma regra jurídica fruto de uma política, ele estará com certeza despindo-se da qualidade de magistrado; não é de sua competência decidir sobre os interesses da comunidade, averiguando quais são os desejos da sociedade tomando medidas, em suas sentenças, para que um estado fático seja atingido, mesmo que não seja necessário. É da competência do magistrado decidir os casos jurídicos em que há litígios, aplicando as soluções que o direito exige e, quando tratamos de políticas, não há direito algum além daqueles expressamente regulados.

O juiz, caso decida por aplicar uma política para resolver um caso difícil, não estará somente acolhendo direitos indevidamente de um programa político que não atinge o litígio em concreto. O magistrado, também, estará onerando uma

---

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:133)

pessoa física ou jurídica (no caso a parte que perde a causa) com uma obrigação que deverá se sujeitar sem que, no entanto, a mesma existisse na época dos fatos que ocasionaram a lide. “Todos nós concordamos que é errado sacrificar os direitos de um homem inocente em nome de algum novo dever, criado depois do fato”.<sup>95</sup>

Os princípios, pela sua natureza substancial, já não oferecem as mesmas dificuldades. Não se pretende que um princípio enseje apenas deveres e direitos pontuais próprios de um plano econômico. A formulação de que “todos os julgados devem seguir o devido processo legal”<sup>96</sup> não é apenas uma boa razão para que o parlamento crie uma lei obrigando os juízes de determinada corte a conduzirem seus processos conforme os primados legais e racionais; o princípio é, em si, fundamento para se afirmar que qualquer magistrado, mesmo os juízes arbitrais (não-estatais), devem sempre conduzir a sua função geral em conformidade com a lei e com a razão, afirmando que eles têm o dever dessa atitude, e que os jurisdicionados têm o direito a essa situação. O princípio é a norma do qual se retiram esses direitos e esses deveres. Um juiz que decide um caso difícil com base no princípio do “devido processo legal” não está inventando uma nova prescrição, mas seguindo uma prescrição já existente no plexo jurídico da sociedade.

Um princípio sempre indicaria, na concepção de Dworkin, um arcabouço de sustentação de direitos e deveres já existentes na época dos fatos que levaram ao caso controverso, algo que não é indicado por uma política.

A política econômica de subsídios e a lei promulgada (com base nesse padrão), por exemplo, concederiam auxílios apenas aos industriais A e B. Caso algum magistrado julgasse que os industriais C, D e E também deveriam receber os subsídios, não por uma questão de isonomia, mas por acreditar que sua atitude melhora a atividade econômica do seu Estado, o juiz criaria um dever para o poder público que surgiu somente após o fato da lide (a promulgação da lei de auxílio).

---

<sup>95</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:133)

<sup>96</sup> *Due process of law*

Já no caso de um juiz de um tribunal de recursos que decidisse que um processo da primeira instância era nulo, por não seguir os procedimentos que são reconhecidos por todos os magistrados daquela jurisdição como necessários e, portanto, por não seguir “o devido processo”, estaria aplicando um dever já existente, porém, não expresso em uma lei.

O princípio, assim, é a formulação de uma imposição social. A política, por sua vez, é a formulação de um desejo social. Dworkin não deseja afirmar que um juiz que fundamenta suas decisões em políticas erra, enquanto um juiz que motiva suas sentenças em princípios sempre acerta. O que realmente se evidencia é que as políticas não podem motivar as decisões dos magistrados porque, em sua “forma pura”, não são padrões jurídicos, não influenciando decisões judiciais.

Se os juízes do caso *Spartan Steel* decidirem julgar conforme os ditames de alguma política econômica, sua atuação judicial não será equivocada por uma má escolha sobre qual política aplicar, ou porque interpretou erroneamente o sentido de tal política. Será uma atuação jurisdicional inaceitável, porque desafiou diretamente uma racionalidade jurídica por utilizar um elemento estranho, que não pertence ao direito, para determinar um resultado de direito.

Dworkin, aqui, propõe uma primeira linha divisória entre quais padrões podem influenciar uma decisão jurídica e quais padrões não podem. Os princípios estariam dentro do “grupo jurídico” naturalmente, enquanto as políticas não estariam. Mesmo quando uma meta influencia na criação legislativa de direitos e obrigações, não podemos dizer que aquela política deixou de ser apenas uma recomendação desejável (e não obrigatória).

A primeira face do critério de demarcação (entre o que é direito e o que não é) corresponde, portanto, à dicotomia existente entre padrões de princípios e políticas. Dworkin afirma<sup>97</sup> que ambos os padrões são semelhantes em sua natureza

---

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:35-46)

lógica por não oferecerem, como faz uma regra, uma resposta definitiva aplicável através do silogismo. Políticas e princípios também não são aplicados absolutamente como as regras, sendo consideradas válidas ou inválidas, podendo uma política ou princípio, ainda que plausível, não ser aplicado em face de outro princípio ou política mais razoável.<sup>98</sup> Mas, apesar de uma semelhança formal de lógica e de grau, o princípio conta com algo que a política carece, transformando aquele em um elemento que participará do conceito de direito de Dworkin, enquanto este estará fora.

Qual é essa especificidade do princípio que o torna apto a ser um padrão jurídico que não é possuído pela política? O elemento diferenciador dentre a norma jurídica e a norma política é parte central do critério de demarcação do direito pós-positivista de Dworkin.

Afirmar que a diferença se encerra no conteúdo tratado por cada espécie de padrão não é suficiente, por não esclarecer quase nada. Se houvesse um critério ou um guia confiável que permitisse diferenciar o direito, a moral e a política apenas com base no “assunto” tratado pelo padrão, esse sinalizador seria imprestável, por geralmente fornecer respostas dúbias ou de empate (o assunto “x” pertence a todas as áreas sociais), ou por ser de tal forma definitiva que quase todos os problemas tratados nas teorias de Hart e de Dworkin, inclusive o problema tratado neste trabalho, já estariam resolvidos.

O princípio não trataria de conteúdos exclusivos que não seriam tratados pelas políticas. É plausível imaginar que há uma zona cinzenta repousando imediatamente entre algumas questões morais-sociais-políticas-econômicas. A “proibição de enriquecimento sem causa ou ilícito” é uma formulação que, apesar de conotadamente moral (e jurídica), pertence também à esfera da eficiência e otimização econômica. Os subsídios para certos setores da economia podem surgir

---

<sup>98</sup> Dworkin afirma que os princípios e as políticas contam com um atributo de grau ou de importância substancial que não há nas regras (que contam somente com uma importância funcional que não influencia na aplicação sistemática da norma)

a partir de questões desejáveis de crescimento do PIB, mas podem ser tornar, com o tempo e a partir das circunstâncias, assuntos inerentemente principiológicos. “Mesmo um programa que seja basicamente uma questão de política, como um programa de subsídios para indústrias importantes, pode exigir elementos de princípios para justificar a sua formulação específica”.<sup>99</sup>

A grande distinção, na verdade, dentre os valores identificados no escopo dos princípios e os valores das políticas encontra-se na questão de que os princípios traduzem questões indispensavelmente equitativas, enquanto as políticas tratam de questões particularmente diferenciáveis.

Princípios tratam de direitos que qualquer pessoa<sup>100</sup> possuirá independentemente dos interesses da maioria, por uma força de justiça. Políticas tratam de direitos que serão concedidos para algumas pessoas, após um programa político, não com o intuito imediato de defender o particular, mas sim atendendo interesses desejáveis de toda a coletividade.

O critério subsidiário de demarcação entre princípios e políticas, assim, é calcado na questão da EQUIDADE. Princípios são padrões jurídicos independentemente de qualquer procedimento autoritário de validade por tratarem de questões de justiça, de igualdade, de questões que envolvem o direito antecipadamente. Aqui, a *Teoria da Justiça* de John Rawls é de suma importância para o modelo teórico de direito que estudamos agora. A justiça como equidade não somente determinará uma linha demarcatória entre direito e não direito (política, regras espúrias), como também evidenciará que o sistema jurídico não é insulado em face de questões morais ou éticas.

A equidade é para Dworkin o mais fundamental de todos os direitos, direito axiomático para toda a sua teoria<sup>101</sup>. O direito de igualdade será nomeado na

---

<sup>99</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:130)

<sup>100</sup> Ou um grupo, diante do recente fenômeno dos direitos difusos, coletivos e transindividuais.

<sup>101</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:XVI)

estrutura do livro *Levando os direitos a sério* como o *direito à igual consideração e respeito* (*right to equal concern and respect*). É um direito que deriva diretamente dos argumentos de Rawls.

O direito à igual consideração e respeito, para a teoria de Dworkin, funciona além de um simples direito. É um princípio (ou supra-princípio) que sistematiza as questões jurídicas.

Segundo tal princípio, “O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito.”<sup>102</sup> O governo não pode decidir que os bancos terão que pagar suas dívidas executivas independentemente de qualquer defesa processual, pois as instituições financeiras devem ser tratadas com igual respeito e consideração das demais pessoas jurídicas, mesmo que o afastamento da impugnação judicial acelerasse a rotatividade monetária do Estado.

De igual maneira, um tribunal não poderia julgar que um condômino pagasse uma multa acima da estipulada em lei, enquanto outros condôminos do mesmo edifício estariam submetidos à taxa legal, baseado em um argumento de que ele serviria de exemplo para que outros não atrasassem seus pagamentos futuramente.

A igual consideração e respeito ainda, por exemplo, é fundamento dos princípios (e dos direitos) relevantes às garantias processuais e penais dos acusados por certos crimes.<sup>103</sup> Cidadãos residentes em bairros violentos e com histórico penal negativo são titulares de garantias processuais e materiais porque todos os homens devem ser tratados com respeito e consideração iguais.

A presença de uma igualdade de tratamento, por parte do Estado, em outras palavras, é forte indício de que estamos diante de uma formulação que trata

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:419)

<sup>103</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:22)

de direitos previamente constituídos; se o Estado deve tratar todos da mesma maneira, então é possível concluir que há um direito já definido de que todos devem gozar daquela prerrogativa ou de que todos devem se submeter aquele modelo de conduzir do Estado. A equidade demonstra que o Estado deve tratar todos igualmente, mas demonstra também que aquela forma de tratamento traz em seu bojo faculdades ou obrigações que devem ser universalmente observadas. Se é universal, é para todos e em todos os momentos (há um direito/obrigação, portanto, anterior à decisão judicial que acolhe o princípio equânime como motivação)

E por que o princípio, baseado em um sentido de justiça (equidade), pertence ao direito? Por dois motivos fundantes. Em primeiro lugar, porque trata de uma exigência justificada pela moralidade política de fundo. A política trata de desejos, de opções que podem ser acolhidas a fim de satisfazer alguns objetivos que tendem a melhorar a qualidade de vida e as ambições de uma sociedade. O princípio, por sua vez, retrata um valor que a sociedade não trata como uma escolha ou como uma recomendação, mas como uma situação que a comunidade submetida ao direito acredita ser necessária.

Normas jurídicas não são elementos cujo conteúdo revela alguma espécie de alvitre ou sugestão (*should / ought*); são padrões que regulam estados necessários. O direito não enuncia, simplesmente, uma série de recomendações, mas sim uma série de exigências.<sup>104</sup> Políticas tratam de sugestões, enquanto princípios tratam de exigências.

Um segundo aspecto se refere à questão da equidade / igualdade. O princípio do igual respeito e da igual consideração é um axioma da teoria da natureza do direito<sup>105</sup>, informando que é muito provável que um padrão seja jurídico quando for universal, no sentido de, inexistindo outras razões de peso, aquele padrão se destinar a todas as pessoas. Por isso que um precedente possui uma força gravitacional para regular casos idênticos futuros, e por isso que um princípio

<sup>104</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:77-78)

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:XVI)

pode muito mais ser considerado um padrão jurídico do que a política. Se o princípio toma em seu bojo um pressuposto axiológico constante, há uma presunção forte de que trata, também, de um direito.

Logo, Dworkin alega que a equidade é elemento característico do que é direito. O direito não trata de recomendações ou de privilégios particulares. O direito é um sistema teórico que regula, obrigatoriamente e universalmente, a conduta humana. Assim, todo padrão que for equânime (obrigatório na mesma medida para todos) é um padrão que possui o elemento fundamental para pertencer ao direito, podendo, caso se mostre pertinente dentro da tese dos direitos (veja adiante), motivar decisões que serão juridicamente racionais (e não decisões arbitrárias ou discricionárias).

### 3.2. A TESE DOS DIREITOS – CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA

#### 3.2.1. DIREITOS INSTITUCIONAIS E A TEORIA DA NATUREZA DA INSTITUIÇÃO

Os princípios tratam de valores que, por uma questão de equidade, fundamentam direitos e deveres que se impõem a uma coletividade, e que existem sem a necessidade de um processo ou programa governamental anterior. As regras podem variar desde aquelas mais próximas aos princípios, que trazem em seu bojo uma questão principiológica<sup>106</sup> ou que não derivam de procedimentos validantes (como os costumes), até aquelas regras que surgem a partir de leis adequadamente sancionadas e promulgadas pelos órgãos competentes (*o paraíso dos positivistas*).

<sup>106</sup> “Palavras como 'razoável', 'negligente', 'injusto' e 'significativo' desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até meso o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra”. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:45)

As políticas tratam de interesses importantes, mas que se encontram dentro de perspectivas de objetivos e metas coletivas, não de direitos.

Dado esse aspecto, Dworkin pretende construir um modelo de decisão dos casos difíceis, ou seja, um modelo que trate de descrever (ou prescrever) como os membros do Poder Judiciário devem proceder ao se depararem com um litígio em que os direitos discutidos são controversos, por não existir nenhuma regra expressa que resolva por silogismo a questão (ou por, existindo uma regra, a sua autoridade ou o seu conteúdo sejam questionáveis, como nos casos de inconstitucionalidade).

Para não cair na mesma impropriedade arbitrária dos positivistas, Dworkin propõe que os magistrados somente podem utilizar padrões que, no momento da ocorrência dos fatos que geraram a lide, fossem aptos a fundamentarem direitos e obrigações. Logo, Dworkin propõe que as decisões judiciais dos *hard cases* somente serão motivadas a partir de princípios jurídicos e de regras jurídicas.

Passada essa constatação, resta o problema mais profundo: qual teoria Dworkin oferece para o jurista encontrar as regras e princípios que pertencem ao Direito, e quais direitos e obrigações regem o caso concreto?

Como visto alhures, a regra de reconhecimento de Hart foi rejeitada por deixar de fora importantes padrões jurídicos do direito: os princípios. O teste de pedigree não é suficiente nem mesmo como critério de identificação das regras válidas de um sistema jurídico, pois ela, individualmente, somente capta se uma norma passou ou não pelo procedimento oficial de promulgação de regras e, em conjunto com a teoria das regras sociais, nada mais faz do que somente reconhecer que os direitos e obrigações incontroversos oriundos das regras válidas são realmente direitos e obrigações incontroversos oriundos das regras válidas.

A tarefa de Dworkin, portanto, será mais complicada do que criar um

critério dos princípios que se assomará às regras de reconhecimento das regras. Deverá montar um modelo de direito que: (i) identifique como um juiz comprometido com sua função descobre quais são as regras e princípios existentes em sua jurisdição; (ii) desvende como esse juiz decidirá caso os direitos e obrigações em jogo sejam controversas; e, (iii) determine como será tratada a decisão do magistrado no caso particular, já que Dworkin defende que há uma resposta correta dada pelo direito, mesmo em face da situação de que dois juízes, ambos bem preparados, podem chegar a decisões diversas sobre a mesma lide. O modelo criado com esses propósitos será chamado, no livro *Levando os direitos a sério*, de *Tese dos Direitos (The Rights Thesis)*.

Inicialmente, a tese dos direitos, permite a compreensão de que o magistrado trabalhará com direitos institucionais (*institutional rights*), e não com direitos de base (*grounds rights*).

Os direitos de base<sup>107</sup> “fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato”<sup>108</sup>; encerram valores como “a liberdade” ou “a igualdade”, que fundamentam argumentos que transcendem, por exemplo, os direitos legislados de certo Estado. Alguém, hipoteticamente, poderia postular que o único sistema político hábil para uma comunidade é a anarquia, uma vez que todos devem usufruir de um direito de base (preferencial) à liberdade. Não há uma colisão entre o direito à liberdade e o direito à segurança jurídica, por exemplo, neste caso, porque os direitos de base não são direitos sistemáticos que entram em choque, mas apenas afirmações impositivas abstratas.

Os direitos institucionais, por outro lado, “oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica”.<sup>109</sup> São direitos institucionais porque existem e normatizam em razão das instituições políticas de determinado Estado ou comunidade. São direitos que surgem de acordo com a vida

---

<sup>107</sup> Ou *direitos preferenciais*, na tradução da Martins Fontes.

<sup>108</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:145)

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:145)

política de uma sociedade e surgem dentro de um grupo sistematizado de teorias políticas-jurídicas.

Os direitos institucionais são aptos a dirimirem uma situação colocada perante o Poder Judiciário, enquanto os direitos de base não. Os direitos institucionais seriam os direitos de um sistema jurídico concreto, de determinado país ou nação, consolidados pelas práticas ou criados pelos procedimentos dos operadores de direito. Os direitos de base são direitos abstratos, muito mais abstratos do que poderiam ser os “direitos naturais” ou os “princípios gerais de direito”.

Os *background rights* formam um conjunto de valores abstratos que são utilizados pelos filósofos e pelos políticos para justificarem as suas teses e argumentações, mesmo que essas ideias contradigam todo o *status quo* cultural e social da época. Os direitos institucionais, por sua vez, são exatamente aqueles direitos que surgem e são justificados pelo caldo cultural e social hodierno, que devem sua existência à estrutura institucional que funciona em certa comunidade sujeita a certo sistema de direito. Os direitos institucionais são os direitos em sentido estrito, direitos de uma organização de direito.

A identificação dos direitos institucionais serão importantes para a questão dos *hard cases*. Os casos difíceis levados a um tribunal promoverão uma discussão que envolverá o conflito entre direitos institucionais controversos. A teoria jurídica de Dworkin deverá se voltar para a construção de um modelo de decisão a ser praticado pela autoridade julgadora, que resolverá a controvérsia e descobrirá o direito institucional a ser aplicado.

O magistrado, ou autoridade responsável pela solução um *hard case*, deverá compreender quais direitos institucionais são aceitos e válidos e quais direitos institucionais estão em jogo diante do caso concreto.<sup>110</sup> Ele deverá resolver o

<sup>110</sup> Percebe-se que diferentemente do modelo de Hart, Dworkin não propõe que se descubra quais direitos existem e, diante da lacuna, crie-se algum novo direito. A teoria do *Levando os direitos a*

caso não a partir de um poder criador discricionário, mas a partir de um exercício de hermenêutica, que permita desvendar quais regras estão em vigor, quais princípios são aptos a fundamentarem direitos institucionais, quais direitos e obrigações surgem dos padrões normativos e quais direitos e obrigações persistem diante de um caso concreto, regulando um caso controverso, em detrimento de outros direitos e obrigações.

Um primeiro passo para que o julgador resolva (julgue) casos será a criação de uma *Teoria da Natureza* da(s) instituição(ões) envolvida no caso particular.

Dworkin apresenta um exemplo extenso sobre a instituição do jogo de Xadrez<sup>111</sup>. Um árbitro de xadrez terá que formular uma teoria do que é o jogo de xadrez; não apenas uma teoria pessoal do que ele gostaria que fosse o xadrez, mas uma teoria da natureza do jogo levando em consideração o intersubjetivismo, isto é, o que os outros participantes entendem que seja o xadrez e a prática dele. O árbitro deverá determinar se o jogo de xadrez é um jogo que leva em conta o raciocínio ou a sorte, se é um jogo meritório ou que pretende desfazer desigualdades de qualquer tipo, se é uma partida que envolve preponderantemente estratégia ou é um balé digital.

Após analisar as regras internacionais que compõem o jogo, a maneira como os jogadores se preparam e aprendem a jogar, as pretensões das pessoas quando falam de xadrez, dentre todas as outras fontes possíveis, ele terá construído uma teoria que pretende explicar o que é este esporte do qual ele é juiz. Com essa teoria ele não somente responderá os casos fáceis que se apresentem a ele (por exemplo, a questão de que um *checkmate* é determinante para finalizar o jogo e consagrar um vencedor da partida), como os casos difíceis, que não são cobertos claramente pelas regras e convenções específicas (por exemplo, se o riso

---

*sério* pressupõe que na verdade não há lacuna alguma, mas apenas uma controvérsia dentre direitos a ser resolvida.

<sup>111</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:158)

continuado e debochado de um jogador infringe a natureza do jogo e é proibida, por desconcentrar o seu oponente de uma forma não permitida pela própria instituição do xadrez).

Outros exemplos podem derivar deste para oferecer uma explicação ainda mais consolidada do que é a formação de uma *teoria da natureza* da instituição. Um membro de uma banca de um concurso de premiações por composições artísticas deve ir além das formulações verbais das regras do edital; ele deve construir uma teoria geral que revele qual é a natureza de um concurso destinado a escolher a melhor obra artística dentro de uma certa ramificação. Hipoteticamente, ele poderá constatar que o certame leva em consideração as habilidades artísticas dos participantes e não seus títulos ou a sorte de cada um. Desenvolverá a ideia, também, de que a premiação se destina ao autor com a melhor obra dentro dos parâmetros de julgamento usualmente utilizados nesses certames e entenderá que somente são aceitos trabalho originais de autoria própria dos participantes. Construída essa teoria geral, ele poderá aferir outras respostas sobre quais direitos e deveres os candidatos possuem. Ele deverá decidir, por exemplo, que um candidato deverá ser desclassificado caso a sua obra seja produto de plágio, mesmo que não haja uma regra expressa nesse sentido no bojo do edital. Os outros candidatos têm o direito de ver o falsificador excluído do concurso, não se tratando, por isso, de um poder discricionário.

As autoridades estatais, por sua vez, também devem construir e delinear uma natureza geral sobre os direitos e obrigações que justificam as decisões das instituições jurídicas em espécie. O julgador define a natureza da instituição a partir das convenções,<sup>112</sup> levando em conta as controvérsias e os conceitos contestados presentes, optando por uma dessas concepções para consolidar a sua teoria pontualmente, não com o intuito de completar as convenções, mas com o intuito de fazê-las cumprir.

---

<sup>112</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:160-162)

O direito, diferentemente de outras instituições como o xadrez ou o concurso de artes, não é uma instituição totalmente autônoma, isto é, não é fortemente insulada contra uma moralidade política de fundo<sup>113</sup>. Conseqüentemente, o direito, não provoca uma distinção absoluta dentre as regras escritas (direito positivo) e as questões éticas ou morais. O sistema jurídico (ou a teoria geral do direito) não é completamente autônoma de temas como, por exemplo, já visto anteriormente, a justiça.

Para construir uma teoria da natureza do direito, assim, deve-se levar em conta não somente o entendimento ou o acordo expresso comum do que é o direito e de que são as instituições do direito. Para o basebol, uma instituição quase totalmente autônoma, o árbitro realmente levará em conta, em sua patente maioria, as questões oriundas das convenções sobre o jogo. Utilizará alguma questão de moralidade (por exemplo, que tipos de xingamentos insultam a ponto de constituírem uma falta dentro de campo) apenas de forma eventual e paralela. Para o direito, algumas questões da moralidade base da sociedade se infiltram na instituição jurídica, não diretamente, mas fomentando direitos institucionais.

Os princípios, como visto, diferentemente das políticas e das metas coletivas, encontram fundamento em uma questão de justiça, em direitos e deveres que por revelarem uma constância, uma equidade, são padrões jurídicos que justificam direitos e obrigações aplicados a casos concretos, permitindo que os magistrados decidam diante de casos controversos. Os princípios, portanto, são indícios do apelo à moralidade presente nas questões de direito. Não é um apelo brutal ou absoluto, mas os direitos institucionais jurídicos se servem de pressupostos de valor da sociedade que pretende normatizar.

O magistrado, o servidor público e o advogado particular devem levar em conta essa confluência quando constroem uma teoria da natureza do “jogo” do direito. Quando ele fizer as perguntas que arrumarão o arcabouço do seu sistema

---

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:159)

jurídico, não poderá desprezar as imposições morais nos pontos e na medida que tais questões abordam e se infiltram na instituição jurídica.

A construção da teoria da natureza da instituição do direito é o passo inaugural do modelo de decisão dos casos controversos de Dworkin. Pois

se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para o seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, nos casos de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria geral em um caso difícil<sup>114</sup>

### 3.2.2. CONSTRUINDO A TEORIA DA NATUREZA DA INSTITUIÇÃO DO DIREITO – OS DIREITOS JURÍDICOS

Da mesma forma que um árbitro do xadrez formula uma teoria ontológica do seu jogo, extraindo daí regras, normas, direitos e deveres, é papel do jurista formular a teoria da natureza da instituição do direito à qual está submetido, extraindo de tal modelo não somente os padrões jurídicos, como também os deveres e, especialmente, os direitos jurídicos.

A atividade do jurista será um pouco diferente da atividade do julgador de um esporte qualquer. A instituição jurídica, como já dito anteriormente, não é uma instituição autônoma e isolada. A moralidade política se infiltra ostensivamente nas questões de direito, em especial, nas questões difíceis.

O jurista de Dworkin, ao construir uma teoria de uma instituição infiltrada,

---

<sup>114</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:163)

realiza um exercício de filosofia e de política para montar sua tese dos direitos, seu modelo jurídico geral. O magistrado de Dworkin deve ser um juiz-filósofo<sup>115</sup>, apto a desenvolver toda uma teoria coerente da estrutura jurídica de sua competência (*sob sua jurisdição*) e além dela.

Com o objetivo de exemplificar e justificar o seu modelo de construção da tese dos direitos, há a criação de um juiz utópico e paradigmático, de um jurista de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”<sup>116</sup>, apelidado de Hércules. Tal magistrado seria o exemplo máximo de como os juristas devem (ou deveriam) atuar não somente para decidir os casos controversos, mas também para identificar o que é ou não é direito para cada caso concreto (critério de demarcação do direito).

O primeiro passo de um juiz ideal, no intuito de construir sua teoria ontológica jurídica, dá-se na formatação de um modelo de legislação<sup>117</sup> que possa responder como a Constituição e as leis infraconstitucionais se articulam dentro do sistema, tanto na relação vertical (constitucionalidade e vigência/validade das leis), como na relação horizontal (relação das normas constitucionais entre si ou das leis infraconstitucionais entre si).

O jurista deverá delinear sua teoria constitucional ou sua teoria sobre a constituição. Deverá levar em conta questões políticas como a legitimidade de um poder constituinte, a hierarquia das normas em relação à força constitucional e os efeitos da existência de uma “lei maior”. Deverá se perguntar quais princípios, expressos e implícitos, alicerçam o direito constitucional. Questionará se a Constituição “estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade”.<sup>118</sup> Determinará se uma Constituição pode, diretamente ou através de um processo, criar ou destruir direitos.

---

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:165)

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:165)

<sup>117</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:164)

<sup>118</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:166)

Possivelmente daí o filósofo-jurista poderá tirar uma teoria acerca do sistema de governo e um modelo de produção normativa.

Essa primeira tese sobre a constituição permite que o jurista responda, ou tente responder, algumas questões importantes que podem ser colocadas em debate (ou julgamento) em uma situação concreta que envolva regras ou princípios constitucionais. Caso um litígio envolvendo a concessão de vantagens ou privilégios de determinada religião chegue às mãos de um julgador de Dworkin, ele não poderá apenas decidir discricionariamente o caso sob a argumentação de que o direito é silente para tal questão. Ele deverá determinar se a constituição à qual está submetido define o Estado como laico ou religioso. Se a sua resposta for a favor da primeira opção, ele deverá se perguntar se o conceito de estado laico permite que uma religião seja privilegiada com dinheiro público, em detrimento de outras religiões, se todas as religiões devem ser premiadas ou se “Estado laico” significa que nenhuma religião deve receber qualquer vantagem pública.

Em outras palavras, o jurista deverá formular uma série de teorias-candidatas acerca da Constituição e das questões constitucionais,<sup>119</sup> que serão avaliadas, a partir de um enfoque não somente jurídico, mas também político e filosófico, em face da estrutura institucional mais ampla do direito<sup>120</sup>. A melhor teoria que passar por este teste fornecerá uma série de conceitos controversos (contestados) que deverão ser ainda elaborados pelo jurista autor da teoria.

Literalmente, Dworkin dirá que o seu paradigma de jurista, Hércules, é

então levado, por este projeto, a um processo de raciocínio muito semelhante àquele do árbitro autoconsciente do jogo de xadrez. Deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, assim como o árbitro de xadrez é levado a desenvolver uma teoria sobre a natureza do

---

<sup>119</sup> A própria amplitude de o que serão questões constitucionais depende também de uma teoria constitucional.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:168)

seu jogo. Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.<sup>121</sup>

Um outro exemplo é a questão da pesquisa com células-tronco. O magistrado Dworkiniano que se vê chamado a julgar a possibilidade ou proibição da pesquisa científica deve se perguntar qual conceito de vida é protegido pela sua lei maior e se a constituição regula, expressamente ou tacitamente, os limites éticos da pesquisa. Ele elaborará uma série de hipóteses que pretendem responder aos seus questionamentos. Estas teorias serão contrastadas com a estrutura da instituição jurídica e com o sistema jurídico.

Uma teoria que estabeleça a total possibilidade de pesquisas em fetos de seres humanos, com certeza, colidiria de modo fatal com os cânones éticos geralmente arrolados sob o nome de direitos fundamentais (ou dignidade da pessoa humana). Uma teoria que proibisse qualquer experiência, mesma aquela incólume, inofensiva para a vida humana, seria da mesma forma uma teoria incompatível com a maioria dos sistemas jurídicos, que aceitam e estimulam o avanço do conhecimento científico. O magistrado teria que encontrar uma teoria que, estando no meio destes dois extremos, melhor se adequasse à instituição jurídica do qual faz parte.

A proposta de Dworkin para o direito, portanto, evidencia um modelo baseado em uma série de teorias arranjadas a partir de um procedimento dedutivo. As teorias consideradas básicas, que pertencem à teoria da natureza primeira do direito, como as hipóteses que pretendem explicar a força da constituição, o processo legislativo e a função judiciária, possibilitam que o jurista possa deduzir daí um rol de teorias-candidatas para resolver um caso concreto, uma lide. Dessas

---

<sup>121</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:168)

hipóteses, uma será apontada como a que resolverá juridicamente o caso concreto, por ser a melhor resposta, a resposta mais coerente.

O modelo de decisão de Dworkin, portanto, é um modelo dedutivo de resposta, onde há, em primeiro lugar, a elaboração de uma série de teorias para a solução dos casos (fáceis e difíceis). Tais teorias, após elaboradas, passarão pelo crivo do julgador, que, a partir de um juízo racional, determinará qual das teorias oferecidas é mais coerente com o arcabouço jurídico institucional da sua comunidade (sociedade) e é, assim, a resposta a ser dada para os casos litigiosos.

### 3.2.3. A RESPONSABILIDADE POLÍTICA, A COERÊNCIA ARTICULADA E A TEIA INCONSÚTIL.

As questões problemáticas do direito são respondidas através da construção de uma teoria geral da natureza da instituição do direito. Dessa teoria geral, pode-se deduzir uma série de hipóteses, sendo que a melhor hipótese responderá da melhor maneira o problema. Dworkin irá oferecer alguns “fio-condutores” e algumas ferramentas que guiarão o jurista na construção de suas teorias que procuram explicar a natureza institucional do direito.

Um primeiro passo é evidenciar que há uma *responsabilidade política*<sup>122</sup> que impregna todo o atuar dentro do instituto do direito. Um membro do parlamento que se vê na posição de votar a favor ou contra uma política proposta<sup>123</sup> ao órgão colegiado legislativo deve levar em consideração, para a escolha de sua decisão, suas posições anteriores e seu entendimento sobre as bases e os elementos que formam a instituição jurídica. Caso todas as suas decisões dentro do congresso se

---

<sup>122</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:137)

<sup>123</sup> Política no sentido de uma meta coletiva a ser perseguida pela sociedade, em contraste com os princípios que abrigam direitos pertinentes à igualdade e à justiça – veja esta questão alhures neste trabalho.

dessem em favor de um ideal absoluto da proteção da vida humana (em qualquer estágio e em qualquer condição) seria uma irresponsabilidade política, de sua parte, optar por votar também a favor de um projeto de lei que legalize toda e qualquer forma de aborto, mesmo nos casos em que não há perigo algum de vida ou assuntos morais relevantes em jogo (como na fecundação proveniente de um estupro).

A responsabilidade jurídica afeta também os outros agentes do direito de uma comunidade jurídica. O administrador público na função de normatizador, regulador e provedor deve se atentar para uma unidade em suas decisões, mesmo nas decisões calcadas em um juízo de conveniência e oportunidade. Seria indesejável (e inadmissível) aceitar que uma vez que a Administração Pública considere, em um caso, que a pena interna adequada para uma falta é a advertência e que, em outros casos idênticos, entendesse que a pena para a mesma falta seria a suspensão temporária.

A responsabilidade política que reside na tese dos direitos consiste na afirmação de que o direito não é um apanhado de escolhas triviais ou arbitrárias, mas sim uma estrutura com um mínimo de lógica e estabilidade, uma estrutura que trata *igualmente* (de forma equânime) as pessoas e as situações concretas, uma estrutura fundada em uma questão de uma *consistência articulada*.

A consistência articulada é um guia para a construção das teorias hipotéticas que serão construídas pelos juristas, especialmente pelos juízes, para, mediamente, construir a estrutura ontológica do direito e para, imediatamente, responder quais os direitos e deveres que a pessoa possui em função do instituto jurídico.

As teorias parciais<sup>124</sup> desenvolvidas por um jurista não podem estar, pela

---

<sup>124</sup> Parciais porque a totalidade delas irão formar a teoria sobre o que é o direito. São as teorias que pretendem explicar a validade e eficácia das leis parlamentares, a superioridade e suficiência da Constituição, os princípios oriundos dos precedentes de determinada jurisdição, os direitos em um

consistência articulada, em oposição. É a aplicação do pressuposto da *não-contradição* para a construção de uma teoria da natureza e estrutura do direito. As teorias oferecidas para responder os problemas ainda postos devem ser coerentes com as teorias já oferecidas anteriormente. As hipóteses que formam a tese dos direitos devem se articular em direção a uma estabilidade consentânea.

O direito, na visão de Dworkin, não é um mero agrupamento de normas e também não é um mero sistema de normas (como é para os positivistas). O direito não se constitui somente por padrões, mas sim por uma estrutura dedutiva e coerente de teorias e hipóteses calcadas não somente em regras válidas, mas também, em última instância, em valores.<sup>125</sup>

Quando se afirma que o jurista deve ser coerente, afirma-se que ele não pode contar com uma tese dos direitos internamente conflitiva. Não que não haja controvérsias ou direitos que se apliquem mesmo em controvérsias. Uma tese dos direitos não pode ser, na verdade, auto-refutadora ou arbitrária.

O exemplo do aborto também pode ser aplicado aos magistrados. Um juiz que construa a teoria da natureza do direito fundamentando a sua estrutura em diversas hipóteses que levam a considerar a vida como um bem jurídico absoluto (ou pelo menos um bem jurídico que quase sempre será preferido em detrimento de outros bens) não deverá, sob pena de tornar sua tese dos direitos arbitrária (e irracional do ponto de vista jurídico), sentenciar que um aborto realizado fora de circunstâncias emergenciais ou humanitárias é legal e juridicamente aceitável.

A mesma coisa ocorre quando um juiz é chamado a julgar casos semelhantes em que seus elementos, fáticos e jurídicos, são idênticos. Da mesma forma que o argumento “*a mesma solução para quando houver a mesma razão*” se aplica ao caso de sentenças fundadas em precedentes de juízos diversos, o magistrado deve manter a consistência dentro dos seus julgados referentes a casos

---

caso difícil)

<sup>125</sup> Valores, mas valores jurídicos, representados através de princípios.

análogos. Desrespeitar esta constância seria legitimar a acusação dos céticos de que o direito é apenas um fenômeno social cujo conteúdo sistêmico-racional é zero.

O jurista, ademais, ao construir a sua teoria geral, não pode deixar de anotar como as questões que pretendem ser respondidas por ele hoje já foram respondidas por outros antes. O jurista, em outras palavras, não pode, ao construir a sua teoria do direito, apenas deixar de levar em consideração toda e qualquer decisão proveniente de outras pessoas.

Não será encontrado, obviamente, um campo liso e bem arrumado quando essa atividade for desempenhada. Muitas hipóteses de um magistrado estarão, ao mesmo tempo, em conflito com uma série de decisões passadas e estarão de acordo com outra série de decisões do mesmo órgão julgador e de outros órgãos. Como resolver esta dificuldade, sem se entregar ao ceticismo ou sem abrir mão da consistência articulada?

Dworkin responderá que a saída é adotar uma convenção. Considera-se que a estrutura do direito é uma *teia inconsútil*<sup>126</sup>, mesmo que de fato existam uma série de incongruências e desvios ao se estudar a história das instituições de direito e a história das decisões (hipóteses) sobre o direito. Os magistrados e os juristas, portanto, a despeito de serem conscientes de que a história jurisprudencial da sua comunidade jurídica é internamente conflituosa, devem construir a sua teoria jurídica considerando que as decisões devem manter uma consistência entre si, dentro do possível, sendo, assim, dispositivos que trazem razões o suficiente para determinar direito e deveres que a instituição reconhece como sendo institucionais.

O direito não é uma teia inconsútil, mas deve ser tratado, *prima face*, como tal. As eventuais discordâncias internas serão tratadas, majoritariamente como *erros judiciais*.

---

<sup>126</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:180-184)

Ao mudar o centro de equilíbrio da norma para a teoria (ou para o método), Dworkin também mudou o conceito sobre o que seriam erros dentro do direito. Se para Hart o erro de identificação e julgamento era claro e crasso (por exemplo, ao considerar uma regra que não passou pelo crivo da regra de reconhecimento como uma regra válida) ou inexistente nos *hard cases* (pois aí não havia direito algum e o juiz não estava vinculado a nenhuma resposta necessária, não podendo errar), para Dworkin o erro poderia se fundar na falta de relação daquela teoria com os outros elementos institucionais do direito, isto é, na falta de equilíbrio e de consistência.

Um juiz (de Dworkin) pode, por exemplo, ao construir sua teoria ontológica jurídica, aventar a hipótese de que cada pessoa responderá pelos atos ilícitos que pratica e causar dano econômico para outra pessoa, exceto se houver uma razão mais forte para se excluir essa responsabilidade.

A sua teoria da responsabilidade aquiliana estará de acordo com uma série de elementos institucionais presentes em sua jurisdição, mas estará, contudo, em desacordo com uma pequena parcela de acórdãos (decisões judiciais) cujos dispositivos decidem pela falta de dever de contadores de indenizarem seus clientes por erros no exercício da atividade contábil, sem um fundamento claro para isso.

Apesar dessa disparidade, ainda é possível considerar o direito como uma *teia inconsútil*, já que a teoria da responsabilidade ventilada é consistentemente articulada, restando certo que são os acórdãos pró-contadores, na verdade, que se encontram em desequilíbrio com qualquer teoria conglobante do direito. Detecta-se que a teoria a favor da responsabilidade é mais coerente com a teoria geral do direito, da legislação e da constituição do que a teoria contrária (esta que, erroneamente, foi abarcada pelas sentenças a favor dos contadores).

A consistência articulada, deste modo, não somente deve envolver as teorias internas de cada jurista, isoladas das decisões de outras autoridades ou

peças. Muito mais do que um grande criador, o agente que constrói a sua teoria geral do direito deve levar em consideração todo o aspecto e arcabouço da instituição jurídica existente. Suas teorias não podem ser (apenas) fruto da imaginação e da sua vontade particular do que é o direito. A sua teoria do direito deve, por fim (mesmo que envolvendo certa dose de deontologia), mais descrever do que prescrever o que é a instituição do direito a qual está vinculado.

A teoria do direito, em outras palavras, mesmo que formulada por um juiz “Hércules”, não pode deixar de levar em conta uma teoria intersubjetiva do direito, a fim de não se tornar uma teoria desequilibrada.

#### 3.2.4. SUBJETIVISMO / INTERSUBJETIVISMO POLÍTICO E O EQUILÍBRIO REFLEXIVO.

A consistência do direito não pode apenas se dar no centro da personalidade de um juiz Hércules. A teoria do direito deve se articular com os elementos postos pela realidade exterior. Uma teoria que desconsiderasse a existência e aceitação popular de uma lei maior (Constituição), com certeza não seria exitosa em descrever e resolver problemas de direito nos EUA ou no Brasil. Uma teoria que propusesse que a pena de morte é justificada para qualquer crime no Brasil, com certeza não seria a melhor teoria<sup>127</sup> por colidir com questões da nossa instituição jurídica objetiva que não podem ser negligenciadas.

Não há lugar, segundo Dworkin, para um subjetivismo cerrado dentro do direito. Afasta-se a ótica do cético de que o direito é uma criação dos juizes segundo o seu humor particular pela manhã. O Direito pode ser proveniente de uma construção humana, mas provém de um intersubjetivismo moderador.

---

<sup>127</sup> Ver adiante que Dworkin propõe que nos casos difíceis deve-se procurar a melhor teoria do direito para resolver os direitos e deveres em jogo na lide.

O jurista, assim, não pode apenas criar a sua teoria institucional do direito conforme uma visão muito individual de mundo. Uma pessoa, no exemplo do Capítulo 4,<sup>128</sup> pode não acreditar nas razões que levam à existência de um valor jurídico que encorpe o conceito de dignidade. Quando essa pessoa, todavia, é levada a desenvolver uma teoria da instituição do direito e teorias parciais para resolver casos controversos, não pode abrir mão e tão somente declarar que, apesar da aceitação majoritária da existência de um conceito de dignidade, formulará somente hipóteses em que a dignidade não esteja presente, uma vez que tal resposta, certamente, não seria a melhor resposta para o caso segundo o seu entendimento.

A pessoa descrente deve analisar quais argumentos e razões existem e são prolatados em favor da dignidade humana. Projetará um modelo de conceito aceito da dignidade, identificando o conteúdo e sentido pulverizado pela sua comunidade ou sociedade. De posse desse projeto, ele construirá a sua teoria conglobante e suas teorias parciais de maneira que mais se aproxime e se harmonize com o conceito de dignidade encontrado. Esse conceito não será apenas a soma dos argumentos mais numerosos. Será exatamente o que é: todos os argumentos sobre a dignidade.<sup>129</sup>

O jurista deve ser intersubjetivo sob pena de que sua teoria não seja consistente ou desafie o axioma da equidade. Desenvolver uma hipótese que irá responder uma questão controversa, dando os direitos e obrigações aplicáveis ao caso, é um exercício de moderação, em que, visando encontrar a melhor resposta, colocam-se em pesagem as razões e argumentos possíveis dentro da teoria da natureza do direito, excluindo-se os contraditórios e analisando-se as razões mais fortes. Ser intersubjetivo, contudo, não significa descartar a posição própria sobre os valores. Muitas vezes as convicções pessoais serão a forma mais viável de acesso a uma moralidade institucional coletiva.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> *Levando os direitos a sério.*

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:1201)

<sup>130</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:200)

A melhor resposta virá do melhor argumento sistêmico. Os princípios, padrões axiológicos, fornecerão os “pesos” argumentativos que serão colocados na “balança”. A melhor teoria será escolhida não apenas pela prevalência de um peso sobre outro, mas também pelo alcance de um equilíbrio.

O equilíbrio, tendo a igual consideração e respeito por axioma da tese dos direitos, é muito importante para o modelo de direito de Dworkin. Se existem direitos nos casos controversos e se direitos podem existir na controvérsia quando não forem pontualmente contraditórios, os casos controversos somente serão solucionados por aquelas teorias que forem as melhores e, nesse caso, pelas teorias que são consistentes por se equilibrar com as outras hipóteses institucionais do direito.

E é por esse motivo que as ideias de Rawls foram, novamente, decisivas para a formação básica do modelo de direito de Dworkin. A teoria do *equilíbrio reflexivo*<sup>131</sup> é, na interpretação encontrada no livro *Levando os direitos a sério*, um modelo de racionalismo que o jurista hermeneuta deve empregar ao construir e testar as suas hipóteses para os problemas institucionais do direito. O equilíbrio reflexivo é também, no mesmo diapasão, guia útil para que o jurista, diante da premissa da equidade, encontre no sistema os valores jurídicos que encampam os padrões formulados como princípios.

A teoria do equilíbrio reflexivo não é uma teoria de um modelo natural de verdade<sup>132</sup>, isto é, não é um método que procura, através do raciocínio puro, extrair proposições que são objetivamente verdadeiras, proposições que não são criadas pelos homens, mas são descobertas da mesma forma que as leis da física são.

Não há um juízo de descoberta no sentido estrito da palavra. As questões da moralidade política (e, por extensão, do direito) não são dadas de forma

<sup>131</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:248-261)

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:249-252)

independente ao atuar do homem e da cultural social, sendo assim, impossível alguém postular uma teoria política que se apresente naturalmente sem influência do meio em que é concebida.

O equilíbrio reflexivo adotará um modelo de racionalidade que Dworkin chamará de construtivo, um modelo que “trata as instituições de justiça não como indícios da existência de princípios independentes, mas antes como traços estabelecidos de uma teoria geral a ser construída”<sup>133</sup>, ou seja, que “não pressupõem, como faz o modelo natural, que os princípios de justiça tenham uma existência fixa e objetiva, de modo que as descrições desses princípios devam ser verdadeiras ou falsas de alguma maneira padronizada”.<sup>134</sup>

Evidencia-se o modelo construtivo como uma formulação sintética do modelo teórico-dedutivo de Dworkin. O homem de Rawls e o jurista de Dworkin, um na área moral-política de base e outro na seara jurídica, devem construir uma teoria geral (axiomática) robusta o suficiente para permitir que dessa base ontológica sejam deduzidas hipóteses teóricas que procurem explicar e solucionar questões pertinentes.

A racionalidade do equilíbrio reflexivo se dará inicialmente como aquilo que se chamou de consistência articulada neste capítulo. “A técnica do equilíbrio pressupõem o que se poderia chamar de 'teoria da coerência' da moralidade”<sup>135</sup> Procura-se um equilíbrio exatamente porque as teorias contraditórias com o arcabouço mais geral, e as hipóteses impertinentes ou irrelevantes devem ser descartadas como candidatas à solução do problema justamente por serem incoerentes após uma reflexão.

O saneamento inicial se destina ao “ajuste” interno dentre as teorias. As hipóteses expressamente contraditórias são “deixadas de lado” de pronto. Após, há

---

<sup>133</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:249-250)

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:250)

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:249)

um ajuste dentro de um “processo de mão dupla; realizamos um vai-e-vem entre os ajustes à teoria e os ajustes à convicção, até conseguimos o melhor ajuste possível”.<sup>136</sup> Tenta-se conciliar, como vimos no exercício de intersubjetivismo, as questões internas de uma pessoa (questões de convicção subjetiva) com as questões de uma moralidade coletiva. Há um equilíbrio reflexivo na medida em que existe um cortejo entre as convicções<sup>137</sup> do teórico e as considerações coletivas da sua sociedade.

O produto da reflexão equilibrada, portanto, será uma teoria que poderá ser considerada pública, no sentido de que não pertence ao indivíduo e servirá para resolver problemas que ultrapassam a esfera pessoal. Logo, pretende-se o “desenvolvimento de uma teoria que se possa afirmar como a teoria de uma comunidade, mais do que de indivíduos particulares”.<sup>138</sup>

E se o modelo de racionalidade de Rawls/Dworkin foge de um tipo de descoberta objetiva (modelo natural) em favor de uma construção teórica (modelo construtivo), identificamos que o resultado do equilíbrio reflexivo não é uma resposta que pode ser considerada externamente verdadeira. A resposta do exercício será relativa por dois motivos.<sup>139</sup> Primeiramente, porque as teorias consistentes e equilibradas serão consideradas hipóteses que melhor se adequam à estrutura dada. Não há uma resposta verdadeira, como querem os positivistas, mas há a melhor resposta, que é a resposta que Dworkin aceita como cabível para o seu método de decisão jurídica, como visto alhures neste capítulo.

Em segundo lugar, a resposta dada pelo equilíbrio reflexivo é a melhor resposta em dado momento e segundo dadas circunstâncias. Somente podemos construir teorias e deduzir delas hipóteses com as informações e conhecimentos que dispomos no momento, sendo impossível, por assim dizer, encontrar uma resposta

---

<sup>136</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:255)

<sup>137</sup> Dworkin dirá que é a partir de convicções pessoais que a teoria da natureza da instituição do direito poderá ser contruída. Ver capítulo 4 e página 261 da obra *Levando os direitos a sério*.

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:254)

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:258)

que fosse melhor em toda e qualquer situação, especialmente dentro de circunstâncias que não são atuais ou mesmo críveis.

Consequencialmente, tanto o político como o jurista devem atuar dentro de uma noção de equilíbrio com consistência, encontrado a melhor resposta para seus problemas hodiernos. “O modelo requer que os funcionários públicos ou os cidadãos atuem de acordo com o melhor programa que possam elaborar naquele momento, por razões de coerência que não pressupõem, como faz o modelo natural, que a teoria escolhida seja verdadeira em qualquer sentido último”.<sup>140</sup>

### 3.2.5. A MELHOR RESPOSTA É A RESPOSTA CERTA

O modelo de direito de Dworkin supõe que para resolver os problemas do direito é necessário se construir, primeiramente, uma teoria da natureza do direito. Dessa primeira teoria será deduzida uma série nova de hipóteses para solucionar outras questões, como a legitimidade da Constituição, a validade das regras advindas de leis democráticas e os direitos e deveres existentes em um caso difícil.

Essas teorias-candidatas serão desenvolvidas dentro de um norte que abrange a consistência articulada e a responsabilidade política, observando o axioma da igual consideração e respeito por todos (equidade). As teorias candidatas também trarão em seu bojo argumentos em sentidos diversos, argumentos patrocinados por princípios de direito que, por sua vez, se fundamentam em valores juridicamente considerados.

Todas essas teorias serão tratadas a partir do parâmetro do equilíbrio reflexivo (na imagem de Dworkin) e, por fim, a melhor teoria não-contraditória será considerada a resposta correta, identificando a solução para o problema ou para a

---

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:261)

lide.

Dworkin dirá, assim, que “uma proposição do direito pode ser considerada verdadeira se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o direito estabelecido. Pode ser negada como falsa se for menos coerente com essa teoria de direito do que a contrária” <sup>141</sup>.

O ataque, aqui, se concentra em face das teorias propostas pelos os céticos em geral e da teoria de Hart dos casos difíceis, que pretende resolver as controvérsias com um modelo de poder discricionário.

O cético afirma que não existe nenhuma resposta jurídica correta, porque o direito não é um sistema racional ou uma estrutura capaz de responder objetivamente os problemas dados. Os magistrados não buscam as respostas para os problemas jurídicos a partir de normas dentro de um sistema, mas sim a partir da arbitrariedade ocasionada pelo humor e pela qualidade do seu café matutino.

Hart, por outro lado, diz que ou se conhece o direito *a priori* a partir de um critério objetivo de demarcação, ou não se conhece nenhum direito e o sistema jurídico não dá resposta alguma para o caso fático; ou há um direito ou um dever incontroverso que advém de uma regra reconhecidamente válida, ou não há direito algum. Na franja das normas, dentro da textura aberta das regras, diante dos *hard cases*, não há uma resposta jurídica. Haverá uma resposta jurídica apenas quando o magistrado, no uso do seu poder discricionário, escolher uma das alternativas de respostas, tornando-a jurídica pela autoridade de sua palavra.

Destarte, o cético (em relação a todo o direito) e Hart (em relação aos casos controversos) irão concordar que não há uma resposta juridicamente correta para o problema. Mas o que significa isso?

---

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:435)

Pode significar que a verdade existe, mas, por uma deficiência própria dos humanos, por uma insuficiência cognitiva, não é possível captar, a partir de um teste criterial decisivo e mecânico, qual é esta verdade.<sup>142</sup> Se for isso que os céticos e Hart querem dizer, então a doutrina de Dworkin da melhor resposta é necessariamente o modelo a ser adotado.

Se um árbitro de xadrez não puder saber qual a resposta verdadeira porque ninguém pode encontrar tal assertiva, o único direito que os participantes (as partes da lide) terão, nesse caso, é que o juiz se esforce ao máximo para dar a melhor resposta. Há o direito de se exigir que o julgador se esforce ao máximo para chegar próximo à verdade. Não será a melhor resposta<sup>143</sup> para o árbitro, mas a melhor resposta que se encaixe com a teoria da natureza do jogo de xadrez e com as hipóteses deduzidas desta teoria ontológica.

O que Hart pode querer dizer, contudo, é que numa situação controversa não há uma resposta correta porque na verdade há um empate.<sup>144</sup> Tanto os argumentos e razões em favor de uma posição, como os argumentos e razões em favor de outra posição são igualmente aceitáveis, coerentes, defensáveis e pesáveis. Todavia, é muito difícil a ocorrência de um juízo de empate. Somente haverá um equilíbrio completo se “ambos os lados da balança” contiverem argumentos e razões que somem as mesmas forças e o mesmo peso, se ambos os argumentos, em face de todo o arcabouço cultural e de todas as estruturas institucionais da sociedade, são idênticos em termos de importância, credibilidade e aceitação pela comunidade jurídica (e política).

Os empates, portanto, são ocasiões raras, especialmente em um sistema jurídico complexo e “envelhecido”, onde um número soberbo de casos já foram decididos e formaram jurisprudência; onde o legislativo já conta com décadas ou séculos de atividade legiferante. Hart poderia sugerir que num caso de empate

---

<sup>142</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:430)

<sup>143</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:163)

<sup>144</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:437)

somente a autoridade do juiz poderia desequilibrar e escolher um vencedor. Mas empates são tão raros que, na esmagadora maioria dos casos, é plausível que uma afirmação pode ser mais correta e mais coerente do que outra, ou seja, é a resposta certa por ser a melhor resposta. Assim, a não ser que o magistrado esteja diante de um legítimo e raríssimo caso de “empate de teorias”, ele teria o dever de decidir conforme a teoria mais correta, de acordo com a melhor teoria.

A interpretação mais forte do argumento cético sobre direito e do argumento de Hart sobre os casos controversos, todavia, é que o direito é débil, não alcançando, por ser irracional ou por ser incompleto, uma série de casos concretos. Não há resposta certa porque, simplesmente, não há resposta para o problema. Aparentemente essa é a assertiva de Hart quando afirma que, por um problema próprio de nossa comunicação, é impossível que os padrões jurídicos justifiquem direitos e obrigações que se apliquem a todos os fatos da vida humana.

O argumento, assim, gira em torno da ideia de que não há uma resposta correta porque o direito não dá resposta alguma para o problema. A autoridade pública ao decidir um caso controverso, portanto, não encontra resposta a partir da lógica jurídica, restando-lhe escolher dentre uma das respostas não-jurídicas presentes.

Dworkin contrariará este ponto dizendo apenas que não é assim que os juristas se comportam.<sup>145</sup> A não ser que todas as autoridades públicas, advogados e conhecedores do direito sejam performáticos hipócritas, as decisões jurídicas (sejam sentenças judiciais, decisões administrativas ou pareceres particulares) são motivadas e fundamentadas como se expusessem argumentos e razões que, ao final, tendo-se em conta a sua coerência com toda a estrutura institucional, demonstram qual é a resposta jurídica correta.

Os magistrados condenam ou absolvem os réus nos processos de

---

<sup>145</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Capítulo 13

indenização porque o Direito responde que aquela é a medida a ser tomada, mesmo que exista uma controvérsia anterior ou mesmo atual. O juiz, ao decidir um caso difícil, afirma que depois de avaliar a questão, inferiu que uma das partes possuía direitos institucionais que o levaram a vencer a lide.

É possível e devido crer que há uma resposta necessária mesmo quando há uma controvérsia resistente. As pessoas agem de acordo com o entendimento de que existem respostas certas mesmo diante de uma controvérsia. “O 'mito' de que em um caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de nenhum mito”.<sup>146</sup>

Dworkin, ao rechaçar a existência de um critério de decibilidade definitiva para o direito, adota um critério de decibilidade teórica e metodológica. Muitas respostas serão corretas para o caso concreto porque são mais coerentes com a teoria conglobante do direito, sendo, portanto, a melhor resposta, a resposta que o magistrado tem o dever de pronunciar e a parte tem o direito de obter.

### 3.3. O critério de demarcação do direito de Dworkin e seu modelo de solução dos casos controversos.

O modelo de direito de Hart depende de um modelo conclusivo de verdade e falsidade. Ou há um teste claro para decidir definitivamente quais são as regras que, sendo válidas, fazem parte do sistema de direito ou não há direito algum. Um resultado negativo, segundo a regra de reconhecimento, indica que não há direito algum nos casos controversos, devendo a autoridade pública competente<sup>147</sup> tomar uma posição não-jurídica (ética, moral, política) como a posição oficial para aquele problema e os problemas idênticos futuros.

<sup>146</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:446)

<sup>147</sup> Competência essa atribuída pelo corpo de regras secundárias principais.

Dworkin desafia a posição de Hart. A instituição do direito e o que se pode chamar de sistema jurídico é de tal forma tão complexa, que há uma dificuldade intrínseca para se proporcionar uma decisão conclusiva sobre o que é e o que não é o Direito (e, destarte, de determinar quais direitos e deveres possuem os cidadãos submetidos a uma determinada instituição jurídica).

Literalmente, o direito é definido, em certa altura da obra *Levando os direitos a sério*, como o conceito de “padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*has a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia.”<sup>148</sup> O direito é uma articulação de regras e de princípios que fundamentam direitos e deveres juridicamente institucionais.

O direito, assim, vai além de um sistema de regras, como proposto por Hart. O direito vai além até mesmo de um mero sistema de padrões, isto é, de um sistema de regras e de princípios. A estrutura do direito na imagem de Dworkin se dá através de um verdadeiro sistema teórico.

O sistema proposto não é apenas uma articulação de objetos (normas), mas uma verdadeira infraestrutura de hipóteses e teorias sobre os direitos e os deveres que se harmonizam dentro de uma base calcada na não-contradição (consistência articulada) e no modelo dedutivo (de uma teoria mais geral do direito são inferidas teorias mais específicas do direito, hipóteses que pretendem, em última instância, resolver um problema jurídico individual – o *hard case*).

O direito pode ser ilustrado como um conjunto sistemático de teorias que são inferidas pelos juristas e por todos aqueles afetados pela instituição do direito. Se é um sistema de hipóteses articuladas pelos sujeitos institucionais, sob o valor da intersubjetividade, é impossível extrair uma regra última ou um teste conclusivo que,

---

<sup>148</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (2007:75)

objetivamente e independentemente, identifique o que é direito ou o que não é.

Assim, a ideia de uma regra de reconhecimento é absurda quando cortejada com as ideias de Dworkin. Um magistrado não verifica quais regras são válidas e incontroversas e segue cegamente o que é estipulado pelo padrão objetivo. O juiz, assim como qualquer outro jurista, diante de um caso de direito, deve, construído sua teoria geral ontológica jurídica, deduzir das teorias mais abstratas modelos hipotéticos que pretendem resolver o problema concreto de uma lide ou de um caso consultivo. Analisadas as teorias-candidatas, a melhor vencerá, ou seja, a hipótese mais consistente com a complexa teia do sistema jurídico e com a intersubjetividade atinente à instituição do direito será entendida como a resposta certa para resolver a contenda.

Vê-se, portanto, que o modelo dedutivo é muito mais do que um modelo de solução de casos difíceis. Não existindo um teste conclusivo final *a priori*, como existe no positivismo, o direito na sua totalidade, como sistema ou como uma instituição passa a ser, de certa forma, controverso. Uma regra válida e clara não terá para o juiz Dworkiniano a mesma força que tem para o juiz Hartiano, já que mesmo uma norma vigente e aprovada pelo parlamento pode ser afastada caso se mostre, no caso concreto, inconsistente com uma teoria do direito intersubjetivo consolidada.

Não haverá, desta maneira, uma diferença entre casos aparentemente incontroversos e casos aparentemente controversos. Não haverá um teste de *pedigree* para identificar quais normas são indubitavelmente jurídicas e para separá-las das normas extrajurídicas. Os juristas somente poderão identificar quais padrões (regras e princípios) fazem parte do direito e somente poderão inferir quais direitos e deveres são ensejados por tais normas a partir de um processo metodológico e dedutivo que visa transparecer a natureza do direito.

A consequência dessa proposta de conceito de direito é que se torna

inevitável chegar à conclusão de que a instituição jurídica não é autônoma e intangível, como acreditava os positivistas.

Caso o direito fosse um sistema de regras, como quer Hart, seria necessário concluir que nenhuma regra externa poderia “infectar” o interior da estrutura. O direito seria assim uma instituição fechada, hermética, em que a única válvula de entrada e de saída seria a regra de reconhecimento final em conjunto com a sua regra secundária subordinada de criação. Um elemento alienígena somente entraria para o bojo do sistema jurídico após se transformar em um objeto jurídico.

Todavia, se o direito é um sistema de teorias do qual derivam novas teorias, então deve haver uma base axiomática que sustente, sem cair num retorno ao infinito, a completude do teorema jurídico. As teorias mais gerais (e algumas intermediárias) não são frutos de qualquer procedimento legislativo ou validante, de forma que qualquer teste de originalidade (*pedigree*) seria insuficiente para captar e fundamentar essas questões. Muitas normas do direito, assim, não se fundamentam apenas no ato legiferante, mas em valores, em pressupostos axiomáticos que, dentro do método jurídico, justificam em especial as normas principiológicas.

Uma série de valores que não são exclusivamente jurídicos (Dworkin chamará de valores advindos de uma moralidade política de fundo) começam a se infiltrar no sistema de teorias, ora para fundamentar hipóteses, ora como conclusão de teorias-candidatas. Esses valores, no momento do processo metodológico do juiz Hércules, são valores jurídicos, sendo, contudo, elementos axiomáticos que não são cativas dos limites jurídicos; são valores que fundam não somente os direitos e deveres institucionais como uma série de questões ligadas à complexa articulação do direito.

Os valores (ou pressupostos axiomáticos) serão de grande importância em um primeiro momento como fundamentos (ou fontes) dos padrões jurídicos que

Dworkin chamará de princípios. Os juízes, como os do caso *Riggs contra Palmer*<sup>149</sup>, recorrerão a uma série de questões valorativas ao construírem a teoria do direito e ao oferecerem teorias para responder quais direitos e deveres estão presentes em um litígio concreto. Concepções de honestidade e justiça sustentarão a hipótese de que *ninguém pode tirar proveito de seus próprios atos torpes* como a teoria adequada (a melhor teoria) para solucionar a questão do neto que mata o avô visando exclusivamente receber a herança avoenga.

O valor da equidade, por sua vez, será mais do que um fundamento para princípios tópicos. A igualdade (ou a justiça igualitária) constitui a base axiomática da tese de Dworkin, pois, como visto anteriormente, o grande critério de diferenciação dentre o princípio e a política (que torna o primeiro um padrão jurídico e o segundo um padrão meramente social) é que uma norma do direito necessariamente alcança todas as pessoas, sendo uma exigência universal que visa não uma meta coletiva, mas uma situação moral necessária. Apenas os direitos e deveres igualitariamente exigidos sem um processo político específico podem ser considerados jurídicos.

E daí vem a força gravitacional dos precedentes. Uma sentença judicial (ou acórdão) deve ser levada em conta por outro juiz na formação de teorias para situações futuras, porque a consistência articulada (e a responsabilidade política) determina que, pelo princípio da igual consideração e do igual respeito, as teorias mais consistentes serão aquelas que, em face do modelo de *teia inconsútil*, resolvem da mesma maneira os casos que apresentam as mesmas condições, reforçando o brocado de que *há o mesmo direito onde há as mesmas razões*.

E por que há essa infiltração dos valores no direito e por que o valor da igualdade (em uma concepção derivada da teoria da Rawls) possui um papel tão importante para o modelo de racionalidade jurídica de Dworkin?

A infiltração dos valores no direito é evidenciada segundo uma mera

---

<sup>149</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério (2007:37)

análise da realidade forense. As sentenças e as decisões atinentes ao direito trazem em seu bojo diversas considerações de valores de uma moralidade política de fundo que influenciam o julgamento de direito. O juiz de um tribunal estatal leva em conta os pressupostos axiomáticos pulverizados na sua sociedade um número de vezes bem maior do que um árbitro de uma partida de xadrez. Definir o que atinge ou não a honra e a moralidade pública é, por exemplo, uma atividade que aparece corriqueiramente no desempenho do papel de um magistrado, sendo que um juiz esportivo somente terá que enfrentar tal questionamento uma ou outra vez na vida.

Essa infiltração que é evidenciada pela análise descritiva tem uma razão de ser. O modelo teórico-dedutivo oferecido não pode, como a teoria de Hart, se sustentar sobre uma regra ou um critério decisivo de reconhecimento do direito. A base do modelo metodológico de Dworkin deve contar com elementos que são caros ao que consideramos direito, que fazem parte do direito em uma fase mais difusa, mas não podem ser elementos que se justificam, se determinam e terminam diante de uma mera regra silogística. Não havendo uma regra de reconhecimento última, a base da teoria geral e das teorias-candidatas que explicam (e definem) o direito só pode se consolidar a partir da articulação de axiomas que, no caso do direito, serão valores. Em outras palavras, na falta de uma regra que qualifique outras regras como jurídicas, serão os valores da moralidade política da sociedade que terão a função de apontar quais normas possuem uma qualidade de direito.

O valor da igualdade possui um papel de relevo dentro dessa arquitetura de teorias. A equidade, conforme a interpretação que Dworkin fez de Rawls, é um dos princípios fundamentais dentro de uma teoria da justiça e de uma teoria política da sociedade ocidental. Racionalmente, em uma situação apelidada de *véu da ignorância*, qualquer homem ou mulher, que fosse colocada em uma posição inicial anterior ao surgimento de qualquer comunidade ou sociedade, estaria necessariamente inclinada a considerar que somente haveria justiça dentro de uma coletividade política caso todos estivessem em uma condição de igualdade, pelo

menos de igualdade de tratamento por parte da instituição estatal.<sup>150</sup>

Independentemente de se considerar que esta conclusão em favor da equidade como base da justiça política deriva da uma noção de direito natural racional, ou é apenas a resposta certa que qualquer ocidental teria a partir do arcabouço a que está submetido, Dworkin extrai da sua leitura de Rawls a afirmação de que a igualdade, ou o *princípio da igual consideração e do igual respeito*, é um axioma inerente à vida em sociedade, refletindo diretamente em qualquer corpo institucional de direito proposto.

Se for certo que a igualdade diante do Estado é fundamental e indispensável, daí o modelo teórico-dedutivo pode utilizar a equidade como fonte certa e como fio-condutor apto a delimitar que princípios fazem parte do direito exatamente por oferecerem soluções igualitárias, diferentemente do que propõem os padrões conhecidos como políticas. Se o direito se fundamenta em um sentido de justiça como equidade (como propõem Dworkin), é possível identificar o que é direito identificando quais padrões corresponde a tal sentido de igualdade de tratamento perante às instituições sociais.

As confirmações de que não há um teste conclusivo para a descoberta do direito e de que o sistema jurídico se comunica com o seu exterior não é, todavia, a rejeição da existência de um critério de demarcação do direito. O argumento de Dworkin de que há uma resposta correta para os casos difíceis (a melhor resposta) comprova que sua intenção é afirmar que existe uma racionalidade jurídica que leva à resposta única, à resposta jurídica para o caso. E se há uma resposta necessária, isso significa que o modelo de direito de Dworkin contém um procedimento metodológico apto a encontrar qual é a resposta jurídica para o caso (a mais consistente), em detrimento das respostas não jurídicas (repostas menos consistentes).

---

<sup>150</sup> Veja o capítulo 6 do livro *Levando os direitos a sério*.

O critério de demarcação, deste modo, confunde-se também com o modelo metodológico que conceitua o que é o sistema jurídico e, assim, conceitua o que é o direito e também define o modelo racional de decisão, tanto para os casos simples, como para os casos complexos (difíceis). O direito é uma estrutura dedutivo-hipotética que pretende resolver o seguinte grupo de problemas: Quais direitos e deveres possuem os cidadãos?

## CONCLUSÃO

Herbert Hart conceitua o direito como um sistema de regras. Sistema em que as regras secundárias (especialmente a regra última de reconhecimento) determinam o que são e como são produzidas e alteradas as regras primárias, regras essas que, por sua vez, determinam quais deveres e quais direitos os cidadãos submetidos a determinado sistema jurídico possuem.

Na concepção do positivismo tanto as regras primárias, como as regras secundárias são padrões prescritivos que são concebidos especificamente com o objetivo de serem normas de direito, isto é, a sua forma verbal, a sua concepção, a sua formação e a sua validação por um processo validante ocorrem com o intuito de criar um objeto normativo. Em outras palavras, as regras são normas expressamente produzidas para serem normas.

É por isso que Hart sustenta o seu conceito sistemático de direito em um teste decisivo que é a regra de reconhecimento. Se somente existem normas como elementos volitivamente formados, deve haver uma regra que sintetize as características que um padrão concebido, para ser uma norma jurídica, possui. Se uma regra somente é jurídica porque passou por um procedimento considerado necessário para a formação de uma norma de direito, deve haver um exame criterial que possibilite separar os elementos que passaram pelo processo (e são direito) daqueles elementos que não passaram (e não são direito).

A regra de reconhecimento, com o auxílio direto da regra de alteração e da regra de julgamento, é o instrumento que o jurista irá utilizar para separar, materialmente, o que é jurídico do que não é. É a fórmula que trará em seu bojo um resumo de todas as peculiaridades possuídas pelas regras que compõem o sistema legal. A regra de reconhecimento, portanto, é um critério de identificação decisivo e definitivo sobre o que é verdadeiro sobre o direito, ou seja, sobre o que pertence e o

que não pertence ao sistema de regras.

E dessas regras surgirão as obrigações (e os deveres) que os cidadãos possuem. Da expressão verbal que constitui o conteúdo da norma serão regulados os deveres e as faculdades que emanam do padrão.

A expressão verbal, entretanto, por um problema intrínseco à própria comunicação humana, pode não ser clara o suficiente para indicar objetivamente o que se pode extrair do padrão. Haveria, assim, uma dúvida sobre quais deveres e direitos a norma realmente estipula e regula. A interpretação não seria adequada para resolver o problema neste caso, porque ela própria dependeria da interpretação das regras de hermenêutica.

Hart, defensor de uma teoria do conhecimento baseado num teste decisivo da verdade, não pode tolerar que qualquer direito ou dever surja de uma situação de dúvida. Se não é possível um consenso ou uma convenção sobre determinado alcance ou designação da expressão verbal de uma regra jurídica válida, fica claro que, na verdade, aquela norma não regula qualquer coisa referente ao caso controverso.

Os direitos e deveres somente existem diante da certeza objetiva, ou seja, diante da certeza de significado de que a regra realmente estipula as faculdades e os deveres que todos dizem estipular. É essa exigência de certeza acerca do escopo da regra jurídica que traz à tona a ideia de uma regra social que se consolida através de uma prática social. O respeito a uma norma na prática indicará quais direitos e quais deveres surgem incontrovertidamente da regra jurídica válida.

O critério demarcatório do direito atrelado à teoria de Hart é, desta forma, duplo. Em relação aos elementos normativos há a regra de reconhecimento última (e as outras regras secundárias) que separa quais padrões são jurídicos (por serem expressamente formados com essa finalidade) das normas que não pertencem ao

mundo do direito.

Em relação aos direitos e aos deveres, o critério da certeza consensual afirma que somente aquelas obrigações e aquelas faculdades que são inferidas de forma incontroversa, a partir de uma convenção ou de um acordo coletivo, é que são direitos e deveres jurídicos, não havendo direito algum diante de uma dúvida resistente.

Levando em conta tal critério de identificação, somos levados a crer que muitas decisões judiciais seriam decisões divorciadas de qualquer qualidade jurídica. Se apenas há um direito quando este surge, sem controvérsia de uma regra reconhecidamente válida, então o que um magistrado deve fazer quando é chamado a sentenciar um litígio em que os argumentos apresentados ou se fundam em regras que não passaram pelo crivo do teste das regras secundárias, ou são inferências controvertidas de regras válidas?

Nesse caso, a doutrina do poder discricionário pretende explicar o que são as decisões dos *hard cases* (casos em que há incerteza sobre o direito aplicado) e porque estas decisões, mesmo que baseadas em elementos externos ao direito, possuem efeitos que vinculam futuras sentenças judiciais sobre casos semelhantes.

Nos casos controversos não há direito algum e, portanto, não há resposta correta (do ponto de vista jurídico) alguma. O que há é uma série de possíveis respostas que podem ser aplicadas ao caso concreto; respostas que não são mais necessárias ou exigíveis do que qualquer outra; respostas que surgem da moralidade externa, das políticas sociais ou do bom senso e da experiência do aplicador do direito; respostas que não são (ainda) respostas jurídicas. O poder discricionário é a prerrogativa que as autoridades públicas competentes para as decisões jurídicas possuem para decidir os casos controversos, criando, a partir de argumentos ajurídicos, uma resposta jurídica para o caso concreto em que havia incerteza sobre a existência de direitos e de deveres.

Antes da decisão discricionária do magistrado (ou do funcionário público), todas as respostas não-jurídicas podem ser invocadas para resolver o *hard case* concreto. Após o exercício do poder discricionário, a opção eleita pela autoridade estatal passa a ser justificada pela regra de reconhecimento e pela regra de julgamento, a posição oficial da instituição do Estado; passar a ser a resposta jurídica, uma vez que, agora, está dotada da autoridade suficiente para figurar como uma regra de direito.

Ronald Dworkin condena toda a estrutura exposta acima que molda a teoria positivista de direito de Hart, sob o fundamento principal de que tal teoria é falha exatamente por ser incapaz de retratar como o direito funciona na realidade. O modelo de Hart não representaria, em síntese, o comportamento dos juristas, dos funcionários públicos e dos cidadãos em relação ao que é a instituição jurídica.

A primeira inconsistência do modelo de Hart é a regra de reconhecimento. A regra secundária oferece um teste objetivo, baseado em um teste decisiva e definitivo que leva em conta apenas a origem da norma (regras criadas para serem normas jurídicas e que passaram por um processo mecânico de validade) para identificar quais padrões pertenceriam ou não à instituição do direito. Contudo, é um critério insuficiente, porque deixa de fora do direito uma série de padrões que os juristas e os cidadãos reconhecem, tanto na doutrina como na prática jurídica, como sendo normas de direito. A regra de reconhecimento não é capaz de captar os padrões que possuem uma origem difusa, não legislativa, e que cuja validade (e legitimidade) não é comprovada a partir de um procedimento prévio volitivo. A primeira face do critério de demarcação do direito de Hart é falho, porque deixa de captar os princípios que incorporam pressupostos axiomáticos de justiça e de moralidade política de fundo como princípios jurídicos.

A hipótese da regra social, outrossim, também é atacada por ser insuficiente. Defender que apenas existem direitos e deveres quando esses são

inferidos com certeza objetiva (ou consensual) de regras válidas é menosprezar que, em grande parte das vezes, as partes de um litígio ou os cidadãos e os juristas em suas vidas defendem que eles possuem faculdades, (ou que possuem obrigações) independentemente de haver um consenso ou um acordo geral dentro da sociedade acerca da existência desses preceitos.

A falha de Hart, aqui, está em acreditar que ou a verdade é dada de pronto, objetivamente, ou não haverá verdade alguma sobre o direito. Se for possível uma analogia, o positivista do direito se aproxima das afirmações dos positivistas do Círculo de Viena, cujas alegações afirmavam que, ou se infere a verdade ou falsidade a partir de um princípio indutivo, ou não há verdade alguma sobre a questão, por tratar-se de uma questão metafísica (*non sense*). Na teoria do *conceito do direito* o movimento é similar por postular que somente haverá direito se for indubitável a sua existência de pronto, restando a condição de mera *metafísica jurídica* para as proposições controversas.

Dworkin desafia esse entendimento ao analisar os casos concretos. Acreditamos muitas vezes que existem direitos e deveres que emanam de regras (e de princípios) jurídicas mesmo que não haja uma convenção pacífica sobre o assunto, mesmo que exista uma dúvida resistente sobre o tema. O vegetariano defende que a proibição do abate do gado para o consumo é um dever jurídico de cada cidadão, mesmo não havendo nem uma regra nesse sentido, nem a inferência consensual de que há um dever próximo a este emanando de qualquer norma de nosso sistema. A grande maioria da população crê que a Constituição Federal, ao regular o sistema único de saúde, impõem uma obrigação ao Estado de financiar qualquer tratamento para qualquer cidadão, a despeito desse entendimento não ser unânime, a despeito desse entendimento ser combatido por muitos procuradores e advogados públicos.

A afirmação de que somente é direito os preceitos incontrovertidos que se fundam nas normas jurídicas não respeita nem a moralidade concorrente e nem a

moralidade convencional.

No primeiro caso, existem direitos e deveres que existem independentemente de existir ou não uma convenção nesse sentido. Há faculdades e obrigações que são fortes e que devem ser levadas em consideração pelas autoridades públicas, mesmo inexistindo uma prática social ou um consenso sobre uma regra que funde / justifique objetivamente essa posição.

No segundo caso, não respeita a moralidade convencional, pois mesmo que determinados direitos e deveres surjam de padrões jurídicos somente porque há um consenso (convenção) acerca da existência dos preceitos, é possível existir uma controvérsia sobre a extensão desses deveres e direitos. Pode existir um consenso entre os igrejeiros que os homens devem tirar seus chapéus ao entrarem na paróquia e, ao mesmo tempo, persistir uma controvérsia se um bebê com um gorro é considerado um homem para os efeitos da regra.

Sendo a regra de reconhecimento insuficiente (por deixar os princípios de fora do direito) e a teoria da regra social também insuficiente (por considerar que os direitos e os deveres controversos não são preceitos jurídicos), evidencia-se que a principal crítica de Dworkin ao modelo Hartiano é acerca da falha do seu critério de demarcação para realmente identificar o que é o direito e o que não é.

A doutrina do Poder Discricionário é, portanto, semelhante a uma teoria *ad hoc* que tenta eliminar os problemas insolúveis da proposta positivista claudicante. Devido ao insucesso do teste mecânico para identificar todos os padrões e preceitos jurídicos, Dworkin afirma que Hart se vê obrigado a entregar à arbitrariedade do ceticismo as decisões das autoridades que se fundam em princípios ou controvérsias.

O poder discricionário é criticado especialmente por ser o subproduto de uma tese incorreta. Hart propõe uma teoria do direito que desafia a realidade não

somente por deixar de identificar elementos do direito como jurídicos, mas também por afirmar que estes elementos não identificados, na verdade, são argumentos e razões extrajurídicos, o que levaria à falsa concepção de que os juízes, quando decidem casos difíceis, são exatamente o que os céticos afirmam ser: julgadores que decidem segundo a arbitrariedade do seu humor.

A tarefa de Dworkin ao desenvolver a sua tese do conceito de direito é resolver o problema fundamental que ele encontrou na teoria positivista; deve desenvolver um modelo de racionalidade que permita ao jurista determinar quais os direitos e quais os deveres os cidadãos possuem e quais desses preceitos regulam casos concretos que são levados às autoridades públicas, independentemente se essas faculdades ou obrigações se fundamentam em regras explícitas, ou se justificam a partir de argumentos pautados em princípios implícitos de conteúdo axiomático. Em outras palavras, Dworkin deverá oferecer um modelo de teoria do direito que se adapte melhor à realidade da instituição do direito do que o modelo oferecido pelo positivismo inglês.

Em primeiro lugar, abandona-se a ideia de que existe um procedimento mecânico, um critério decisivo de verdade, um teste de papel de tornassol que permita definir objetivamente e conclusivamente quais são os padrões jurídicos e quais não são. Os elementos do direito não são objetos, de tal forma independentes, que seja possível formular uma regra estrita que contenha todas as características formais (e prévias) que uma norma deve conter para ser uma norma.

Deve-se, portanto, apelar para uma racionalidade que se pautar na construção de uma teoria geral que permita definir ou delimitar o que é a instituição do direito (e quais são os direitos e os deveres institucionais). Deve-se tentar alcançar uma resposta metodológica, haja vista a impossibilidade de uma resposta conclusiva e decisiva *a priori*.

Da teoria geral da natureza da instituição do direito, criado a partir de

elementos apresentados tanto pela compreensão da sociedade do que é o direito, como por pressupostos axiomáticos tirados de uma moralidade política de fundo, consolida-se uma base para que novas teorias e hipóteses sejam deduzidas. Teorias-candidatas que pretendem resolver problemas da instituição jurídica como, por exemplo, quem tem o direito de vencer um litígio concreto quando há controvérsias sobre o que a lei ou a norma regula como hipótese de incidência para o caso.

Ao desenvolver a sua teoria ontológica geral e ao deduzir outras teorias explicativas, o jurista deve atentar para uma série de componentes intrínsecos à atividade racional modelada por Dworkin. Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração que o direito, diferentemente do que é proposto pelos positivistas, não é uma instituição autônoma em relação aos valores de uma moralidade política de fundo da sociedade que pretende regular.

Se houvesse uma regra de reconhecimento calcado no *pedigree* da norma, seria possível dizer que não é possível observar infiltração nenhuma da moral no direito pelo fato de que todas as normas morais não passaram por um procedimento volitivo de validade, sendo impossível a permanência delas no interior de um sistema de regras primárias e secundárias.

Como não há uma regra de reconhecimento satisfatória, Dworkin evidenciara que, na verdade, o direito é sustentado por pressupostos axiológicos que os juristas e os cidadãos corriqueiramente utilizam para identificar e formular argumentos com o poder de influenciar decisões institucionais jurídicas. Os valores não somente influenciam a escolha do legislativo como efetivamente podem, ao justificarem princípios e teorias-candidatas, fundamentarem direitos e deveres em espécie. O modelo teórico-dedutivo possui um alicerce valorativo.

E na base axiomática será encontrado um valor-princípio que é muito importante para Dworkin, que é o princípio da *igual consideração e do igual respeito*

*por parte do Estado*, fundado no postulado da igualdade, herdado da teoria da justiça de Rawls.

A igualdade não somente é um fator importante da hermenêutica construtivista do direito, como é uma característica que geralmente indicará que tal padrão ou preceito é jurídico, pois é da natureza do direito que ele seja uma instituição que prescreve condutas e situações que são universalmente exigíveis, ou seja, que impõe uma necessidade que caiba, fora exceções, a todos. Daí, em primeiro lugar, ser o princípio, que traz em seu bojo uma necessidade difusa, um padrão passível de fundamentar direitos e deveres enquanto a política, que consolida desejos e objetivos sociais nem sempre homogêneos, é um padrão incapaz de justificar as decisões dos tribunais independentemente de um processo legislativo próprio. Em segundo lugar, os precedentes judiciais justificam a força gravitacional de seu conteúdo na decisão de casos futuros, justamente porque a equidade é fundamental ao direito, evidenciando-se que *as mesmas decisões devem ser tomadas quando há as mesmas razões*.

Partindo da noção que a racionalidade do direito funciona a partir de um modelo dedutivo-hipotético em que há a infiltração paulatina de postulados axiomáticos, o jurista modelar de Dworkin (o juiz *Hércules*) começará a construir a teia (que deve ser) inconsútil do direito ao qual está submetido.

Inicialmente, levará em conta que deve ser politicamente responsável, na medida em que não poderá mudar excessivamente de opinião ou de convicção sem uma boa razão. Um jurista que acredita que o direito à vida é um direito fundamental do sistema jurídico não pode defender, em algumas situações, a proteção integral da vida dos condenados e em outras situações penas que relativizem esse direito à vida.

Deverá ter em mente, também, que não é possível formar uma teoria do direito e hipóteses sobre problemas jurídicos sem levar em consideração elementos

externos à sua convicção pessoal, como o entendimento da sociedade sobre os princípios de direito. Uma autêntica teoria da natureza ontológica jurídica com certeza será formada a partir de um intersubjetivismo, de um processo de mão dupla, onde o sentimento pessoal do jurista entrará em contato com o que se vê na sociedade até atingir um ajuste necessário (talvez até uma convenção) em volta dos argumentos e das respostas institucionais adequadas.

Por fim, deverá analisar tanto a sua teoria-base com as teorias-candidatas inferidas por dedução sob o aspecto de uma máxima de não-contradição. Deve sempre prevalecer, em outras palavras, uma consistência articulada dentro da estrutura (sistema) de teorias do direito, no sentido que uma hipótese formulada somente “sobreviverá” caso ela trate de completar ou implementar outras teorias que já fazem parte da tese dos direitos concebida.

Esse exercício sincrônico de responsabilidade (constância), ajuste (intersubjetivismo) e consistência (não-contradição e adequação) é sintetizado como a adaptação de Dworkin da teoria do *equilíbrio reflexivo* que Rawls apresenta na sua obra da *Teoria da Justiça*.

Entretanto, o que significa dizer que o jurista deve formular hipóteses deduzidas a partir de uma teoria abrangente do direito e utilizando-se do equilíbrio reflexivo para solucionar os problemas do direito? Significa que, diante do paradoxo da impossibilidade de encontrar uma resposta conclusivamente correta em junção com a necessidade de haver uma resposta correta do direito para o problema (sob pena de cair num irracionalismo jurídico), deve-se procurar, então, não a teoria que passe por um teste de verificação positiva, mas sim a tese mais consistente, isto é, a melhor hipótese, que é a mais coerente e por isso a que melhor se adéqua à teoria geral ontológica do direito, resistindo com mais poder a qualquer espécie de refutação argumentativa.

A melhor resposta é tudo que Dworkin pode oferecer dentro de uma teoria

do direito baseado num método hermenêutico para resolver problemas jurídicos. Dworkin pretende, assim, fugir do “erro” da teoria positivista que, baseada em um critério de verificação definitiva e conclusiva do direito, é insuficiente por negligenciar o status jurídico à parte mais importante de nosso direito contemporâneo: os direitos fundamentais controversos e os princípios valorativos.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Guilherme de Assis e BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIAPPIN, José R. Novaes. **Racionalidade, Decisão, Solução de Problemas e o Programa Racionalista**. *Ciência e Filosofia*. São Paulo, nº 5, p. 155-219, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Borba. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, Herbert. **Conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

\_\_\_\_\_. **The Concept of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

KELSEN, Hans Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAGEE, Bryan. **As ideias de Popper**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1973.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na teoria geral do direito:** Argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.