

O Combate de Dworkin à Discricionariedade Judicial

ANDRÉ LUIZ FERNANDES FELLET

Mestrando IDP.

RESUMO: O presente ensaio busca explicitar a inconsistência teórica das críticas dirigidas pelo Jusfilósofo americano Ronald Dworkin à solução defendida pelo positivismo jurídico para a colmatção de eventuais lacunas no sistema, tendo como alvo principal a obra de Herbert L. A. Hart. A questão é aqui abordada com base em escritos de ambos os autores, nas lições da Professora Daniela Ikawa, de Paulo Bonavides e em passagens profundamente esclarecedoras de Norberto Bobbio. Além disso, pretende-se esclarecer que o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, no contexto da teoria do *Law as integrity*, de Dworkin, não logrou acarretar qualquer alteração de relevo na prática jurisdicional dos países de *common law*, notadamente nos Estados Unidos da América, como se depreende de sua aplicação no julgamento de um caso concreto, julgado em 1889 pela Corte do Estado de Nova Iorque.

PALAVRAS-CHAVE: Dworkin; Hart; positivismo jurídico; colmatção de lacunas; discricionariedade judicial.

ABSTRACT: This paper intends to demonstrate the theoretic inconsistency of the criticism directed by american legal philosopher Ronald Dworkin to the solution defended for the legal positivism for the supply of eventual gaps in the system, having as main target the workmanship of Herbert L. A. Hart. The question is boarded here on the basis of writings of both the authors, in the lessons of the teacher Daniela Ikawa, of Pablo Bonavides and in deeply enlightening tickets of Norberto Bobbio. Moreover, this essay searchs to clarify that the recognition of the normativity of the legal principles, in the context of the theory of the Law integrity, of Dworkin, did not produce any practical relief alteration in the jurisdictional practise on the countries affiliated to the common law, notedly in the United States of America, as we can observe of its application in the judgment of a concrete case in 1889, for the Court of the State of New York.

É de conhecimento geral a divergência entre Hart e Dworkin acerca da aceitabilidade ou não da discricionariedade judicial no julgamento dos casos difíceis.

Para delinear melhor o debate, Dworkin construiu três acepções para o termo “discricionariedade”. Segundo Ikawa (2004, p. 98),

a primeira é a aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou mais especificamente, na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas acepções perfazem [sic], para Dworkin, uma discricionariedade em sentido fraco, sendo amparadas por Hart. *Apenas a terceira acepção indica, de acordo com Dworkin, o ponto de discordância.* Ela corresponde à discricionariedade em sentido forte, implicando a ausência de vinculação legal a padrões

previamente determinados ou, em outras palavras, à ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz para que decida de uma determinada forma. (grifou-se)

Devemos, portanto, centralizar o presente exame na denominada “discricionariedade em sentido forte”, que seria o ponto de dissenso entre as teses de Hart e Dworkin.

Já de início, entretanto, afigura-se pertinente a seguinte observação: embora Dworkin se refira à discricionariedade “em sentido forte” e “em sentido fraco”, a própria acepção da palavra “discricionariedade” (que pressupõe uma liberdade estrita, ou seja, dentro de certas balizas pré-fixadas pelo ordenamento jurídico) afasta a possibilidade de que a mesma venha a ser entendida como “ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados” (sentido que referido autor atribuiu à “discricionariedade em sentido forte”), pois isso redundaria em arbítrio judicial.

Ademais, deve-se deixar consignado que a classificação supramencionada, formulada por Ronald Dworkin, não foi acatada, por exemplo, pelo filósofo Robert J. Yanal, nem tampouco pelo próprio Hart (Ikawa, 2004, p. 98). Com efeito, Dworkin presume que o último “descreveria a discricionariedade em sentido fraco como a possibilidade do juiz de estabelecer uma regra legal nos casos de lacuna”, confundindo o sentido fraco com o forte. Para Daniela Ikawa, “confundidos os dois sentidos, restaria pouco clara a diferença entre a tese de Dworkin e de Hart”.

A seu turno, Robert Yanal *apud* Ikawa (2004, p. 98-9) considera a discricionariedade, em Hart, como possuindo um “sentido moderado”, pela qual o juiz decidiria o caso dentro de parâmetros e regras relevantes ao mesmo. De acordo com suas próprias palavras:

Hart, eu estou firmemente seguro, nunca pretendeu que juízes possuíssem uma discricionariedade em sentido “forte”. Naturalmente, tampouco ele pretendeu que eles tivessem somente discricionariedade em sentido “fraco”. Na verdade, eu gostaria de saber se existe algum sentido fraco de “discricionariedade”. Se eu disser para você: “Arquive esses memorandos. Como? Use sua discricionariedade”, estaria eu somente dizendo: “Eu designo você para fazer isso”? Eu acredito que Hart poderia admitir um sentido “moderado” de discricionariedade para os juízes: que eles não podem decidir um caso difícil de qualquer modo (por isso, eles não possuem discricionariedade forte), mas, dentro de parâmetros das regras e princípios relevantes para o caso, existe uma escolha legalmente livre.¹

1 Tradução livre a partir do seguinte trecho: “Hart, I am quite sure, never intended that judges have a ‘strong’ sense of discretion. Of course, neither did he intend them to have only discretion in the ‘weak’ sense either. In fact, I wonder if there is any weak sense of ‘discretion’. If I say to you, ‘File these memos. How? Use your discretion’, am I only saying, ‘I nominate you to do it’? I believe that Hart would grant a ‘moderate’ sense of discretion to judges: that judges cannot decide a hard case just any way (hence they do not have strong discretion), but within the parameters of the rules and principles relevant to the case there is a legally unconstrained choice”.

Como se deduz da própria obra de Hart, razão assiste a Robert Yanal: a discricionariedade admitida pelo jusfilósofo inglês (como de resto, aceita pelo positivismo jurídico) não equivaleria à “discricionariedade em sentido forte” conceituada por Dworkin, mas a uma discricionariedade “moderada” (ou adjetivada de qualquer outra forma capaz de diferenciá-la da primeira, bem como da discricionariedade “em sentido fraco”). Isso ficou explicitado no texto inédito da conferência proferida por Hart (1980, p. 4) na Universidade Autônoma de Madri, Espanha, em 29 de outubro de 1979. Naquela ocasião, ao discorrer sobre a “Tese da Discricionariedade Jurídica”, uma das três teses que selecionou acerca da natureza do Direito sob o enfoque positivista, o autor assim se pronunciou, num trecho que, apesar de longo, merece ser transcrito em sua íntegra:

A terceira tese positivista a chamarei de Tese da Discricionariedade Jurídica. Sustenta que em todo sistema jurídico haverá sempre certos casos não previstos e não regulados legalmente, é dizer, casos para os que nenhum tipo de decisão é ditado pelo direito claramente estabelecido e, em consequência, o direito é parcialmente indeterminado ou incompleto. Para tais casos Dworkin emprega uma expressão *ad hoc* “caso difícil”, e eu nesta conferência a usarei no mesmo sentido. Se o juiz há de chegar por si mesmo a uma decisão em tais casos e não conter sua jurisdição ou (como Bentham defendia) remeter o assunto ao Legislativo, deve exercitar sua discricionariedade e criar direito para o caso, em lugar de aplicar meramente direito já preexistente e estabelecido, ainda que ao fazê-lo possa muito bem estar sujeito a muitos obstáculos jurídicos que limitam sua escolha, dos quais uma legislatura está perfeitamente livre. Assim, em tais casos não previstos ou não regulados, o juiz, simultaneamente cria novo direito e aplica o direito estabelecido, que, ao mesmo tempo confere e limita seus poderes de criar direito. Este retrato do direito como algo indeterminado ou incompleto em parte, e do juiz preenchendo as lacunas ao exercer seus poderes limitados de criar direito, é rechaçado pelo moderno antipositivista [Dworkin] como um retrato desfigurado tanto do direito como do raciocínio judicial.²

O ponto é reforçado no famoso *post-scriptum* à sua principal obra, em que Hart (1994, p. 337) assevera que os Tribunais, ao criarem direito novo, voltam-se à analogia, “de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente”.

2 Tradução livre a partir do seguinte trecho: “La tercera tesis positivista la llamaré la Tesis de La Discrecionalidad Jurídica. Sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto. Para tales casos Dworkin emplea una expresión *ad hoc* ‘caso difícil’, y yo en esta conferencia la usaré en el mismo sentido. Si el juez ha de llegar por sí mismo a una decisión en tales casos y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al Legislativo, debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente derecho ya preexistente y establecido, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección, de las que una legislatura está perfectamente libre. Así, en tales casos no previstos o no regulados, el juez, simultáneamente crea nuevo derecho, y aplica el derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear derecho. Este retrato del derecho como algo indeterminado o incompleto en parte, y del juez llenando las lagunas al ejercer sus poderes limitados de crear derecho, es rechazado por el moderno antipositivista como un retrato desfigurado tanto del derecho como del razonamiento judicial”.

Já no que atine à não aceitação da “discricionariedade em sentido forte” pelo juspositivismo como um todo, ponto de partida de Dworkin para a formulação de uma das críticas que dirigiu àquela escola, estão a demonstrá-la as lições de Norberto Bobbio (1995, p. 73-75). Com efeito, ao tecer comentários acerca do significado diverso atribuído por redatores e intérpretes do art. 4º do *Code Napoleon* (Código Civil francês, de 1804), que positivava a vedação ao juízo de *non liquet* naquele sistema jurídico, ao estabelecer que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”, referido autor deixou consignado:

No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no *interior* do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no *exterior* desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do sistema do direito positivo)?

Segundo Bobbio, o positivismo jurídico em sentido estrito, lastreado na interpretação inicial feita do artigo supramencionado pela Escola da Exegese (Bobbio, 1995, p. 85), adotou a primeira solução, com base no “dogma da onipotência do legislador”, que implica no “dogma da completude do ordenamento jurídico”, embora a solução que os próprios legisladores tenham aventado para a questão seja a segunda, ou seja, “deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz*” nos casos da verificação de lacunas no ordenamento – posição aferida com base no discurso por meio do qual o projeto de Código Civil foi apresentado por seus elaboradores ao Conselho de Estado francês (Bobbio, *Op. cit.*, p. 75).

A solução adotada pelo positivismo jurídico na França não destoa da prevista no ordenamento jurídico pátrio – que ainda possui traços predominantemente positivistas – para a colmatação de lacunas legais, prevista no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) que dispõe, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

E só existe uma justificativa plausível para a manutenção de um dispositivo legal nesses moldes no Direito brasileiro: nosso ordenamento jurídico ainda possui traços predominantemente positivistas, e, na esteira de Hart, adota o dogma do legislador racional como regra, embora admita a existência de lacunas no sistema, como exceção.

Nesse ponto, já começa a se delinear o seguinte encadeamento de constatações:

- i) Dworkin se equivocou ao presumir que a aceitação positivista da discricionariedade judicial no caso de lacunas no sistema (tomada a obra de Hart como referência) implicava na “ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados”;

- ii) Nesse sentido, ao dar combate à discricionariedade judicial defendida pelo positivismo jurídico, acreditando tratar-se a mesma de uma discricionariedade “em sentido forte”, Dworkin atuou de forma quixotesca;
- iii) Essa atuação em desvio de perspectiva ocasionou a criação de uma teoria que, na prática, em nada difere da solução aventada pelo pensamento positivista para os casos difíceis.

Com efeito, o jusfilósofo americano, inadvertidamente, acabou por dar continuidade ao pensamento positivista, inclusive com relação à pressuposição de um sistema jurídico fechado, onde todas as respostas a (*rectius*, soluções de) quaisquer casos concretos já se encontram prontas, de antemão, no ordenamento jurídico, devendo ser “encontradas” por meio de uma simples interpretação do mesmo em seu conjunto.

A bem da verdade, acentuando ainda mais o caráter fechado do sistema jurídico, Dworkin defende que além da existência de respostas prontas no ordenamento jurídico, o mesmo é capaz de fornecer ao seu “exegeta”, se bem interpretado, a “única resposta correta” (tese da *one right answer*) a cada um dos casos submetidos a julgamento. Dworkin batizou de “juiz Hércules” o operador jurídico apto a alcançar esse intento, reconhecidamente sobre-humano. O próprio nome atribuído ao “operador jurídico modelo” de multicitado autor já expressa a magnitude e o caráter inalcançável de sua função: Hércules foi o maior de todos os heróis da mitologia grega.

Mesmo o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, na teoria de Dworkin, acabou por não proporcionar, transplantada para o nosso sistema jurídico, a quebra de continuidade da visão positivista a que ele almejava. Isso porque a obra de Dworkin tem como pano de fundo o sistema anglo-saxônico, no qual o precedente desempenha um caráter preponderante e a legislação um papel secundário e, diferentemente dos ordenamentos de matriz romano-germânica, em que os princípios passaram a ser positivados por meio das Constituições, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. Segundo o autor multicitado,

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 ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer injusto impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogados. (Dworkin, 2002, p. 64)

O conceito de “princípio jurídico”, adotado por Ronald Dworkin (2002, p. 36), é compatível com a forma como os mesmos são inferidos de seu ordenamento jurídico, explicitada no texto acima, bem como com a função atribuída

aos mesmos pelo positivismo jurídico: projetam-se para a realidade interna do sistema, contribuindo para a preservação da unidade e coerência do mesmo, ao coordenarem as regras jurídicas. Com efeito, de acordo com referido autor, princípio é

[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejada [caso das *polícies* – traduzidas como políticas ou diretrizes], mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Outra diferença digna de nota é a tocante ao modo como a Constituição norte-americana de 1787 vem sendo interpretada desde o advento da Suprema Corte daquele país: por meio da aplicação da teoria material da constituição (Bonavides, 2008, p. 132), o órgão de cúpula do Poder Judiciário americano vem fazendo com que, através dos tempos, o texto conciso de sua Constituição se adapte às demandas sociais de cada época, ligando-o diretamente à realidade constitucional que a ele subjaz.

Nos países de tradição romano-germânica, ao contrário, foi só a partir do advento do Estado Social que a teoria material da constituição (que se volta não só para o Direito, mas para a sociedade) passou a imperar. Especificamente no Brasil, por exemplo, a aplicação da teoria material da constituição, multicitada, remonta a bem poucos anos e se deve à adoção de uma atitude mais altaneira pelos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal. Antes disso, todas as cartas políticas brasileiras padeceram de um mal crônico: falta de efetividade quase que absoluta, descrita com maestria pelo Professor Marcelo Neves, em sua obra “A Constitucionalização Simbólica”. Essa diferença de contextos não pode ser ignorada.

A título de conclusão, vale trazer à colação o conceito de “direito como integridade” (*law as integrity*) construído por Dworkin (2008, p. 120), de forma a fazê-lo incidir no julgamento de um caso prático reconhecidamente sem precedentes na prática judicial norte-americana da época, o famoso caso *Riggs vs. Palmer*³, que já foi utilizado no debate jusfilosófico empreendido entre Hart e Dworkin para que este demonstrasse que não se poderia chegar à decisão prolatada sem o recurso aos princípios jurídicos, o que se convencionou designar por *analogia juris* (Bobbio, 1995, p. 219) – recurso esse que Dworkin considera não ser admitido pelo positivismo jurídico – e verificar se a conclusão a que chegaram os juízes não seria *teoricamente* alcançada da mesma forma, por meio da utilização da construção dworkiana. Segundo esse autor, referida tese do “direito como integridade”

sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem de princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa.

3 “*Riggs v. Palmer* [1889] 115 NY 506”. Pode ser consultado na página dos tribunais de Nova Iorque, no seguinte endereço: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>.

No caso mencionado acima, submetido ao julgamento do Tribunal de Apelações de Nova Iorque no ano de 1889, se discutiu se um neto (Elmer E. Palmer) que assassinou seu avô Francis B. Palmer poderia herdar seus bens. Esta situação não se encontrava disciplinada pelo direito das sucessões do respectivo Estado.

Ao julgá-lo, os juízes se questionaram se deveriam aplicar a lei, silente com relação à matéria, ou buscar princípios de justiça e interesses superiores que permitiriam a entrega da herança a outros familiares (no caso, às tias de Elmer Palmer). A posição majoritária, capitaneada pelo Juiz Earl fundamentou esta segunda opção, rechaçando, no caso, a interpretação estrita da legislação civil que determinava que testamentos válidos (como era o caso do elaborado por Francis Palmer) deveriam ser cumpridos, defendida pelo Juiz Gray.

O voto vitorioso se conduziu com base numa “máxima geral e fundamental do *common law*” (p. 511⁴): a de que “a ninguém se deve permitir fundar qualquer demanda sobre sua própria iniquidade ou adquirir propriedade sobre a base de seu próprio crime”, o que Dworkin considera um princípio.

Diante do exposto, verifica-se que a construção teórica de Dworkin em nada modifica a forma como os denominados casos difíceis são historicamente julgados em seu país.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HART, H. L. A. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Traducción para el español de F. Laporta, L. Hierro y J. R. de Páramo. *Rev. Sist.*, Madrid, n. 36, p. 3-19, mayo 1980.
- _____. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- IKAWA, Daniela. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 97/113, 2004.

4 De acordo com a metodologia utilizada nos Estados Unidos da América para catalogação dos casos julgados, tem-se, no “*Riggs v. Palmer* [1889] 115 NY 506”, um caso envolvendo um demandante (Riggs) contra um demandado (Palmer), que foi julgado em 1889 e que está registrado no Volume 115 do Registro de Casos do Estado de Nova Iorque, a partir da página 506. A menção feita no texto, portanto, se refere à página 511, do referido Volume 115, do Registro de Casos do Estado de Nova Iorque.