



**A TEXTURA ABERTA DA NORMA E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NA
TOMADA DE DECISÃO NA CONCEPÇÃO DE H. L. HART: A CRÍTICA DE
DWORKIN E A RESPOSTA DE HART**

Caroline Bitencourt¹

Patrícia Thomas Reusch²

RESUMO

Este artigo trata da textura aberta das normas e suas implicações na tomada de decisão judicial, partindo-se do embate filosófico entre Hart e Dworkin. São consideradas questões referentes à possibilidade do uso da discricionariedade pelo juiz ao se deparar com os casos difíceis, ou seja, aqueles para os quais a norma não existe ou não está suficientemente clara, bem como os limites desta atuação. Em um primeiro momento são apontadas as concepções de Hart sobre o fenômeno jurídico, destacando a divisão em regras primárias e secundárias. Em seguida, Dworkin e sua doutrina de que o ordenamento jurídico é constituído de princípios e regras e sua crítica à discricionariedade hartiana. Por fim, o debate entre os autores, refletindo, neste ponto, especificamente sobre a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Hart, Dworkin, decisão judicial, textura aberta, discricionariedade.

ABSTRACT

This article deals with the open texture of the standards and their implications in making judicial decision, starting from the philosophical clash between Hart and Dworkin. They are considered matters relating to the possible use of discretion by the judge when faced with difficult cases, ie those for which the standard does not exist or is not sufficiently clear, and the limits of this action. At first it presents the Hart's views on the legal phenomenon, highlighting the division into primary and secondary rules. Then Dworkin and his doctrine that the law consists of principles and rules and

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa: "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa, do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC e certificado pelo CNPq. Bolsista PUIC no projeto de pesquisa "A efetivação do direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil através da gestão das políticas públicas educacionais no Brasil", coordenado pela Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Contato: carolinebitencourt17@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós-graduanda em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho, e Graduada em Direito pela mesma Universidade. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito, Cidadania e Políticas Públicas", coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado - UNISC. Advogada atuante. E-mail: patriciareusch@gmail.com



his criticism of hartiana discretion. Finally, the debate between authors, reflecting at this point, specifically on judicial discretion.

Keywords: Hart, Dworkin, judicial decision, open texture, discretion.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proposta do presente trabalho é fazer uma análise acerca da textura aberta do direito envolvendo considerações a respeito da aplicação do direito e da teoria do ordenamento jurídico, centrada no debate entre Hart e Dworkin.

O embate filosófico entre os dois autores foi um dos mais acirrados e importantes travado no mundo jurídico no século XX, assim, para melhor contextualizar o debate, necessário se faz apontar os pontos onde realmente divergem. Analisar o conceito e implicações da textura aberta do direito na teoria de Hart, bem como as críticas apontadas por Dworkin ao referido autor.

Serão expostas questões referentes ao papel do juiz e sua discricionariedade ao decidir os casos difíceis, os limites e possibilidades das decisões judiciais.

Em um primeiro momento são apontadas as concepções de Hart sobre o fenômeno jurídico, destacando seu posicionamento, a regra de reconhecimento, bem como a divisão em regras primárias e secundárias.

Em seguida, Dworkin e suas reflexões acerca da distinção entre princípios e regras, a sua tese de que o direito não é incompleto como afirma Hart, a ideia de que o ordenamento jurídico é constituído de princípios e regras e sua crítica à discricionariedade hartiana.

Por fim, o debate entre os autores, refletindo, neste ponto, especificamente sobre a discricionariedade judicial, a obrigatoriedade ou não dos juízes em decidir de uma determinada maneira, os limites atinentes a este poder, possibilidade de retroatividade da norma, o papel dos princípios na constituição das decisões judiciais na visão de cada um dos teóricos.

2 CONCEPÇÕES DE HART ACERCA DO FENÔMENO JURÍDICO

Hart é considerado um dos teóricos do direito mais influentes do século XX, abordando temas clássicos da teoria do direito de forma inovadora e abordado de maneira característica das discussões filosóficas sobre linguagem (MACEDO JÚNIOR, 2006)



Nota-se no trabalho de Hart, a ênfase na importância do direito regrado, minimizando a essencialidade da compreensão principiológica do Direito, sendo este aspecto, um dos pontos mais criticados de sua doutrina, principalmente por Ronald Dworkin que defende a influência dos princípios sobre as regras positivadas.

Hart, assim como os demais pensadores ligados a corrente positivista, estava preocupado com a clareza e honestidade na concepção de questões teóricas e morais originárias de leis concretas que eram moralmente contrárias à equidade, mas que haviam sido formuladas de maneira devida e de acordo com os critérios de validade de um sistema. Vale lembrar, que para os teóricos positivistas o direito é a vontade do Estado, e não há fonte mais genuína do direito do que a lei, considerando o ordenamento como um todo perfeito sem lacunas e incoerências. (BOBBIO, 1996)

Todavia, estas concepções reducionistas do fenômeno jurídico foram sendo superadas. Hart, em seu trabalho *O conceito de Direito*, inicia uma reflexão visando a superação de algumas formulações positivistas construídas ao longo do tempo, fazendo críticas acerca do Direito vigente e propondo um conceito universal, ou seja, um conceito que pudesse ser aplicado em qualquer sistema jurídico numa sociedade moderna e complexa. Dará destaque ao estudo da aplicação judicial do Direito, utilizando, para entendê-lo, instrumentos da filosofia analítica e contemporânea. (HART, 1986)

Assim, Hart destaca que a abundância de conceitos daquilo que poderia ser considerado direito, está tomada por interpretações erradas acerca da formulação de sua natureza essencial. (HART, 1986)

O teórico lança questões importantes: como pode o direito ser considerado uma união de regras, e de que maneira uma conduta pode ser considerada obrigatória ou facultativa. Desta maneira, explica que em primeiro lugar deve-se eleger uma conduta como padrão, para configurar uma regra, assim, se alguém está sujeito a uma obrigação então existe uma regra. Quando a procura pela conformidade com as regras e a pressão sobre aqueles que se desviam é grande, é que as regras impõem obrigações. (HART, 1986)

A existência da regra pressupõe uma internalização do comportamento vetorizado, ao menos por uma parte do seu grupo social, que Hart denomina “ponto de vista interno”. Os hábitos são observados de um ponto de vista externo, como uma conduta regular.³

³ HART, 1961 apud BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R, 2014, p.60.



Importante destacar que esta pressão não significa a interiorização de pressões sociais, devendo-se observar o aspecto interno da regra, ou seja, o modo como o grupo social encara o seu comportamento, a sua verdadeira posição crítica em relação às regras sociais que praticam. (HART, 1986)

O conteúdo das leis e o rebate do discurso de que as regras seriam somente aquelas que determinam alguma punição no caso de descumprimento, é outro aspecto importante na teoria de Hart. Saliencia a importância de se considerar a função social da lei para que se possa diferenciá-la, assim a lei penal, lei civil, (...) Desta forma, a lei criminal, por determinar um comportamento repudiado pela sociedade, impõe graves sanções ao infrator, de outro lado as leis processuais apenas apontam direções para a decisão judicial, não prevendo sanções punitivas ao juiz que a descumpra, além das leis civis, que apenas regulamentam condutas, podendo ser possível a nulidade do ato.

Hart repele a ideia de que as regras jurídicas podem ser concebidas como ordens, da mesma forma que não adere à tese de que estas são a única fonte do direito. Sua construção teórica se baseia numa regra de reconhecimento, defendendo que o ordenamento não é completo ou coerente, por isso os juízes não podem ficar limitados a uma tarefa puramente dedutiva exigida pela teoria positivista. (HART, 1986)

Vale ainda ressaltar, uma distinção de grande relevância para o desenvolvimento da teoria hartiana. Em seu livro “O conceito de direito” ele faz uma divisão das regras em primárias e secundárias. Afirma que para uma melhor compreensão do direito, este deve ser visto como a união de regras primárias e regras secundárias. Assim, as regras primárias são entendidas como aquelas que estatuem deveres e direitos, “aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não” (HART, 2007), indicam ações que envolvem movimento. No que diz respeito às regras secundárias, estas conduzem não só ao movimento, mas às alterações de deveres e obrigações, são classificadas em secundárias de reconhecimento, mudança ou adjudicação. Atribuem poder aos homens de “criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação” (HART, 2007). Assim, para se chegar ao que seria o direito, deve-se efetivar a junção destas duas, salienta que



este pode ser um caminho importante para se chegar às respostas das principais questões que causam dúvidas aos juristas. (HART, 1986)

A regra de reconhecimento seria a aceitação, por parte da sociedade, de que determinada regra existe em função de determinada prática social, sendo que esta seria a condição de validade desta regra. Em grande parte dos casos, a regra de reconhecimento não é enunciada, se manifesta na maneira como as regras concretas são identificadas, por tribunais, funcionários, particulares, etc. (HART, 1986). Está acima da Constituição e une os critérios que são necessários para garantir a validade de todas as outras normas. Assim, não existe uma regra que confira validade a regra de reconhecimento.

A regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato. (HART, 1986)

O fato de os cidadãos obedecerem às normas constitui prova de que um sistema jurídico existe, e que a regra de reconhecimento está em vigor, mesmo que a população obedeça a estas normas por diferentes motivos, como levando em conta as sanções advindas do não cumprimento.

Hart estabelece duas condições para a existência de um sistema jurídico:

Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais forem os motivos porque o façam. (...) A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente com lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. (HART, 1986)

Hart identifica nos sistemas jurídicos, duas necessidades, quais sejam: a primeira é de se ter determinadas regras, neste ponto ele se refere ao fato de ser necessário a determinação de certos padrões gerais (situações de casos mais simples, de fácil identificação); e outra é a necessidade de se deixar questões em aberto, refere-se, aqui, a condição de limitação do ser humano que não consegue prever, detalhadamente, todas as situações possíveis e todas as maneiras possíveis de se comportar. Esta característica ocorrerá devido a grande variedade de casos e situações, pois é impossível criar leis específicas e uniformes que poderão ser aplicadas a cada caso específico de forma antecipada. Estas questões ficarão em



aberto, já que “elas somente podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (HART, 2007).

Estas normas gerais e teoricamente claras podem gerar dúvidas quando da sua aplicação ao caso concreto; o uso de termos gerais exige interpretação que nos casos simples, é feita de maneira não problemática. Contudo, esta textura aberta da norma pode gerar interpretações conflitantes, sem que uma se sobreponha a outra, nestas situações poderão surgir questões para as quais não exista uma única resposta. Diante disso, a teoria hartiana sustenta que os juízes façam um julgamento discricionário da matéria, pois não haveria outra solução, não há regra.

No intuito de analisar esta textura aberta da norma bem como o julgamento discricionário dos juízes, contrapondo as críticas feitas acerca desta matéria, tornam-se necessárias algumas observações sobre o pensamento de Dworkin, que sustenta ser errôneo afirmar que diante de casos difíceis os juízes têm poderes discricionários.

3 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DAS TEORIAS DE DWORKIN SOBRE A DECISÃO JUDICIAL

Dworkin, em sua obra “O império do direito” trás uma ideia que entende aplicável na explicação do fenômeno jurídico. Estabelece uma premissa inicial da ocorrência de divergência sobre o que seria o direito. Aponta que a divergência pode surgir em alguns pontos sobre o fundamento do direito e não acerca dos fatos que o constituem. (DWORKIN, 1999)

O autor expõe que não existem divergências na maioria dos casos em relação aos fatos jurídicos, porém, persiste a divergência quanto à decisão. Assim, demonstra que o problema está nas teorias interpretativas utilizadas pelos juízes na aplicação do direito. (DWORKIN, 1999)

Destaca-se que Dworkin rejeita expressa e especialmente o positivismo jurídico, pois esta teoria está fixada na tese de que o ordenamento jurídico é incompleto, já que não aceita que os cidadãos tenham outros direitos senão aqueles estabelecidos/previstos por instituições reconhecidas como produtoras do direito.

Neste aspecto, Dworkin se aproxima do jusnaturalismo, quando aceita a existência de direitos antes de um conjunto de regras explícitas. No entanto, ele discorda do fundamento, considera que estes direitos existem num contexto em que não há como negá-los; já para os jusnaturalistas o fundamento do direito natural, na



Idade Média, era a inteligência e vontade divinas, passando dos atributos divinos para a razão humana. (MACHADO NETO, 1984)

Seria errado interpretar Dworkin como um jusnaturalista, tendo em vista que ele discorda que o fundamento do direito natural esteja baseado em princípios universais e imutáveis. (AFTALIÓN; VIALNOVA; RAFFO, 1999)

Para Dworkin, contrapondo Hart, o direito deve ser considerado como uma união de princípios e regras, já que ambos estão conformes como padrões jurídicos a serem seguidos no caso de obrigações jurídicas (DWORKIN, 2002).

Os princípios estabelecem um direcionamento a fim de promover ou assegurar uma situação considerada desejável, enquanto exigência de equidade, justiça, (...). Afirma o teórico, que os princípios necessitam de uma decisão de cunho particular para serem aplicados, considerados como uma propensão, um motivo para poder decidir algo. Princípios tem peso, já as regras não. Eles indicam ou prescrevem determinados comportamentos e não determinam sempre as obrigações que o pleiteante possui; diferente das regras, seus conflitos são resolvidos pela ponderação (DWORKIN, 2002).

As regras de um mesmo sistema jurídico quando se contrapõem, geram um conflito normativo, que exige um critério relacional que permita identificar qual regra deve ser aplicada e qual deve ser afastada do sistema. Contudo, em relação aos princípios, não existe um critério que exclua um deles, cabe ao aplicador do direito fazer a ponderação e identificar qual princípio deve prevalecer diante do relativo peso frente ao caso concreto, na hipótese de aparente conflito.

Esta distinção elaborada por Dworkin, entre regras e princípios, tem como finalidade combater a discricionariedade dos juízes ao decidir o caso concreto. Afirma que estes devem ficar limitados à aplicação das regras, e não em criá-las, seu dever é justificá-las. Assim, para ele os princípios é que possuem papel importante, a constituição do direito não decorre somente em função das regras.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica; os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002).

Para Dworkin, esta distinção não significa que há uma “luta” ou um conflito entre eles com o objetivo de se descobrir o que é direito em cada caso concreto. Daí



poderia se pensar que ao encarar cada caso particular, o juiz analisaria os princípios envolvidos, para só então verificar se há alguma regra que se ajusta ao caso. Contudo, não é assim que acontece, as situações jurídicas são formadas por casos ditos como fáceis e aqueles considerados difíceis. Diante de um caso simples, a tarefa do juiz é a de aplicar a regra, não havendo necessidade de se deter numa investigação acerca dos princípios envolvidos. É diante dos casos difíceis que o juiz deve se deter na busca e investigação dos princípios envolvidos, e isto ocorre justamente porque não há uma regra que se adapta ou auxilie na solução da questão. O destaque é para o fato de que os princípios encontram-se em toda parte, contudo, afirma Dworkin que

Eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis [...] Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações particulares (Dworkin, 2007)

Resta claro, que o pensamento de Dworkin revela que os princípios são determinantes, justamente por não haver nenhuma regra a qual se possa fazer referência, contudo destaca que os princípios não são superiores as regras, isto depende da situação específica de cada caso. Desta forma, estando diante de um caso difícil, os princípios se apresentam com mais força.

Importante destacar algumas considerações de Dworkin, sendo uma delas o fato de que as regras possuem a característica de se excluírem em caso de contradição. Isto não ocorre no caso dos princípios, já que estes não estipulam algo determinado, eles estabelecem apenas uma razão que vai conduzir o argumento em uma determinada direção.

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção. (DWORKIN, 2007)

Os princípios em si, não possuem o poder de decidir um caso judicial difícil, quando há escolha de um e não de outro, tal decisão deve estar acompanhada de argumentos que esclareçam os motivos desta escolha.

Outra consideração importante é o fato de que os princípios possuem uma dimensão de importância, e as regras não, ou seja, dependendo da situação específica, concreta, um princípio será mais importante que outro(s). Entretanto, Dworkin ressalta que as regras possuem uma característica referente à sua importância funcional, assim algumas regras são mais “importantes do que outras



por desempenhar um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento” (DWORKIN, 2002).

Identifica-se um princípio fundamental para o desenvolvimento da teoria de Dworkin, trata-se do direito de todos os cidadãos à igual respeito e consideração pelo Estado. Este conceito indica que os sistemas jurídicos devem assumir o princípio da igualdade entre todos os indivíduos, de que todas as pessoas devem ser tratadas de maneira igual perante a lei, que não podem as leis, colocar pessoas em desvantagem, por qualquer motivo arbitrário, insultante (DWORKIN, 2002).

Percebe-se que a intenção de Dworkin é destacar a importância do Estado em oferecer um tratamento igual a todos. Assim, diferentes pessoas possuem diferentes objetivos e concepções de vida, contudo o que é realmente importante é que nenhum indivíduo seja ignorado. Ao anunciar este princípio, Dworkin pretende afirmar que se trata de um princípio imutável, estabelecido social e historicamente, em nada se aproximando as teorias jusnaturalistas (DWORKIN, 2002).

Diante desta construção teórica, percebe-se a intenção de reduzir ou até mesmo eliminar qualquer poder discricionário judicial proveniente da textura aberta. Dworkin ainda defende que mesmo os casos difíceis, não regulados, uma das partes tem o direito de vencer a demanda, sendo tarefa do juiz descobrir os direitos das partes e não inventar um direito novo e aplica-lo retroativamente (DWORKIN, 2002).

Dworkin não vê o direito como um sistema incompleto. Na sua teoria, o direito seria composto pelos princípios e pelas regras, assim, estando presentes tanto o direito estabelecido explícito quanto os princípios jurídicos implícitos. Ele concebe o direito como um sistema integrado, sendo os princípios também considerados norma jurídica.

A partir desta concepção, a textura aberta existiria, contudo não existiria a discricionariedade do juiz para decidir, já que, à primeira vista, sendo os princípios parte integrantes do sistema jurídico, nada estaria fora do alcance de regulação do direito.

4 A textura aberta da norma e a discricionariedade judicial: Hart x Dworkin

De acordo com o pensamento de Hart, o direito comunica padrões gerais de conduta, sendo que da capacidade de se reconhecer casos particulares como instâncias destes termos gerais, depende o seu sucesso. Em muitas vezes esta comunicação se mostra segura, bastando subsumir os fatos as regras para se



chegar a uma conclusão silogística simples. Os chamados casos simples são aqueles em que há um consenso geral em relação ao seu enquadramento na regra.

Ocorre que, tendo em vista que as regras são formadas por expressões gerais, em alguns casos surgem incertezas acerca de seu enquadramento, aplicação ou não. Este fato se explica porque é impossível que estas regras gerais antecipem cada circunstância que o futuro pode trazer. Mesmo diante de uma regra que especificasse exatamente cada situação, sempre aparecerão circunstâncias novas, que não se sabe se está ou não abrangida pela norma.

Daí, note-se a ocorrência dos casos difíceis, aqueles em que não se sabe, ou não está claro se determinada regra se aplica, sendo que esta se apresenta de modo vago e ambíguo. Hart explica que estes são os casos que caem na área de penumbra do direito, pois há uma indeterminação quanto à aplicabilidade ou não de certa expressão geral ao fato concreto. Esta zona de incerteza constitui a “textura aberta” do direito. Ao se perceber esta área, está-se reconhecendo a existência de situações, de condutas que não estão antecipadamente reguladas, de tal forma que, ao se aplicar a regra “a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.” (HART, 2007)

Nesta área de textura aberta deve ser feita uma escolha a fim de se determinar a aplicabilidade ou não de determinada regra a um caso difícil, de modo que quem for decidir terá a discricionariedade para escolher entre as alternativas expostas.

MacCormick (2008), analisando a teoria hartiana de relativa indeterminação das regras afirma:

Sendo enquadradas na linguagem, as regras são “open-texture” e geralmente vagas. [...] Então Hart conclui que dentro do “framework” das regras cujo significado é suficientemente claro para alguns propósitos, há e deve haver um espaço considerável deixado em aberto para o exercício da discricionariedade dos juízes ou outros oficiais.

Hart aponta que seria impossível que a regra antecipasse todos os casos aos quais seriam aplicáveis, fato este que ele justifica pela incapacidade humana de prever fatos futuros e pela indeterminação das regras gerais. Para ele a discricionariedade é uma característica intrínseca das decisões judiciais tomadas na área de penumbra, sendo estas as exceções, e não predominantes no espaço do direito (HART, 2007).



Desta forma, o poder discricionário é resultado daquilo que Hart define como textura aberta do direito, diante de casos difíceis o juiz tem o poder de criar regras que são aplicadas retroativamente. Assim, Hart e Dworkin desenvolvem teorias diferentes para a solução dos casos difíceis.

Em oposição ao pensamento de Hart, Dworkin rejeita a tese da completa liberdade dos juízes na hora de decidir os casos difíceis, baseados apenas em suas próprias considerações do que seria mais adequado, conforme defendem os positivistas. Refuta a ideia de que possam agir como legisladores, criando o direito. Para a teoria de Dworkin (2007), este poder discricionário é inconcebível, sustenta que o ato de criar regras que ele julga adequadas ao fato concreto, está indo de encontro aos princípios liberais e democráticos; esta discricionariedade feriria o princípio da Democracia, já que ao contrário dos membros do Legislativo, os juízes não foram eleitos pelo povo, e sua tarefa não é criar e sim aplicar as leis. A discricionariedade acarretaria uma mistura de funções dos poderes legislativo e judiciário. O autor ainda afirma que não seria lícito legislar sobre fatos passados,

[...] se um juiz criar uma nova lei e aplica-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2007)

Entre os argumentos que Dworkin utiliza para refutar a tese hartiana, destaca-se o seu repúdio a visão positivista de que o direito seria incompleto, assim, para o autor, acreditar que num poder discricionário do juiz, capaz de criar novo direito para as partes seria um atentado a democracia. Ainda, acredita que a criação de normas através deste poder discricionário como legislação retroativa, faria da aplicação do direito um procedimento absolutamente injusto (DWORKIN, 2002).

No modelo hartiano, a discricionariedade judicial leva a conclusão que os juízes não buscam reforçar direitos e deveres preexistentes, tendo em vista que não estão vinculados a nenhuma norma jurídica, ao decidirem eles criam regras, criam direitos e deveres que até então não existiam.

Para Dworkin, diante dos casos difíceis, a saída é analisar os princípios envolvidos, o que pode significar que não há uma única resposta para as questões jurídicas, poderia demonstrar uma certa falibilidade do direito, já que diferentes juízes podem considerar diferentes princípios, gerando diferentes decisões, tudo depende do peso que o juiz vai determinar aos princípios analisados. Nesse passo,



“o direito é mais do que uma totalidade de regras e, para a decisão de um caso concreto, é necessária a convocação dos princípios, não se limitando o direito às normas positivadas” (RODRIGUES, 2005). Propõe o autor, que seja considerado o caráter extrajurídico dos princípios, já que não existem regras que determinem sua produção ou existência, a regra de reconhecimento não poderia dar uma justificativa a estes como padrões jurídicos. (DWORKIN, 2002)

Do mesmo modo, afirma que o juiz não pode tomar por base quaisquer princípios, de acordo com seu entendimento pessoal, pois isto acarretaria a justificação da alteração de normas socialmente enraizadas. (DWORKIN, 2002)

Ikawa (2004) chega a conclusão que Dworkin propõe a existência de um dever legal do juiz em analisar de maneira mais ampla as fontes da lei, inclusive os princípios não convencionais, tornando o direito capaz de alcançar até mesmo os casos mais difíceis.

A fim de responder as críticas de Dworkin, Hart desenvolveu seu pós-escrito, elaborando sua defesa, oferecendo razões na intenção de demonstrar que muitas das críticas recebidas se deviam a má interpretação feita sobre sua obra, argumentando em favor da discricionariedade e aceitando algumas críticas como a distinção entre princípios e regras.

Hart discorda expressamente daqueles que afirmam serem arbitrárias as decisões dos casos difíceis. Os juízes não escolhem aleatoriamente entre as alternativas possíveis de solução ou com base em suas preferências pessoais. Eles elaboram razões para suas decisões, e neste ponto que ele se refere aos princípios, como motivo que fundamentam estas decisões. Ainda, estão restritos a limites aos quais o legislador não está, pois estão vinculados a um caso concreto. Os juízes devem agir de forma prudente como o legislador faria, recorrendo-se a suas crenças e valores. Uma das justificativas da discricionariedade seria o uso da analogia, assim estaria utilizando uma regulamentação conforme princípios baseada num direito existente (HART, 2007)

Refere, ainda sobre as diferenças entre o poder criador do direito dos juízes e o poder criador exercido pelos legisladores, que seria impossível suspender um processo e encaminhar a situação ao legislativo para que este regule, sendo que o



Poder Legislativo pode delegar funções ao Poder Executivo sem que isto provoque qualquer abalo ao regime democrático (HART, 2007).

Não aceita que o direito seja um sistema sem lacunas, afirma que mesmo o uso dos princípios não consegue eliminar a discricionariedade judicial, já que o juiz terá que escolher quais os princípios envolvidos no caso concreto, qual o de maior importância para a decisão. Os princípios, assim, adiam o momento dos juízes exercerem seu poder discricionário. Mesmo com a crítica de Dworkin, continua a defender a discricionariedade, aponta que quando Dworkin argumenta em se apoiar em juízos morais na busca da “resposta correta” para solução dos casos difíceis, está permitindo aos juízes o julgamento discricionário do que entende ser mais correto.

Acerca da retroatividade da norma, Hart aceita a crítica de que sua teoria possibilitaria a aplicação retroativa, contudo, entende que diante de casos difíceis a ocorrência de injustiça, sustentada por Dworkin, é mitigada, uma vez que nestes casos não há regulamentação pelo direito, não podendo se falar em expectativas frustradas. Defende que esta criação do direito não é injusta ou antidemocrática, além do mais, “toda atividade de argumentação jurídica em casos difíceis gira em torno do dever do juiz de não tomar uma decisão qualquer, mas de tomar uma decisão fundamentada” (HART, 1994) no direito das partes.

Assim, diante de um caso difícil que não se enquadra em nenhuma regra já estabelecida, não há alternativa a não ser criar algo. A diferença reside no fato de que a teoria de Hart, o poder discricionário, delega ao magistrado a possibilidade de ir além do direito, já Dworkin afirma que a resposta aos casos difíceis encontra-se dentro do direito, identificada por meio da interpretação, pois para ele os princípios são parte do ordenamento jurídico. Para Dworkin, a discricionariedade resultaria numa desordem do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs, de maneira breve, a expor algumas ideias destes dois grandes pensadores do direito principalmente no que se refere ao debate acerca da discricionariedade judicial.



A discussão entre Hart e Dworkin foi e ainda hoje é de fundamental importância para se compreender melhor os embates encontrados no âmbito do direito, destacar o quanto é problemático refletir sobre seus fundamentos e demonstrar que ainda hoje existem muitas diferentes opiniões do que é o Direito.

A teoria da textura aberta defendida por Hart abre um campo de participação ao aplicador do direito, demonstrando que o sistema jurídico não é rígido e fechado. Quando diante de questões referentes a conceitos jurídicos e lacunas da lei, fica evidente a importância da tarefa hermenêutica conferida aos juízes. Desta maneira confere ao juiz o poder de criar o direito como um legislador prudente, levando em consideração os precedentes e analogia. Porém, atuando sobre um caso concreto, na visão de Dworkin, não é permitido criar direito novo, a tarefa do juiz é de encontrar as respostas dentro do ordenamento.

Quando Hart refere acerca da utilização de princípios para decidir os casos difíceis, aponta que o juiz está buscando respostas fora do âmbito do direito, contudo Dworkin, afirma que a aplicação dos princípios não afasta o juiz do âmbito do direito já que considera os princípios como parte integrante do ordenamento jurídico.

Percebe-se, que os autores possuem divergências pontuais que levam a reflexões e debates importantes e que ainda vão gerar grandes polêmicas acerca desta possibilidade de criação dos juízes e os limites a serem respeitados nesta atividade. Ainda há de se considerar a dificuldade do judiciário em procurar soluções para questões que não estão previstas, regulamentadas.

Enfim, vislumbra-se aqui um tema de extrema relevância para o estudo e compreensão da teoria do direito e que este artigo não pretendeu esgotar, e sim apenas apontar sua importância através da discussão de Hart e Dworkin.

Referências

AFTALIÓN, Enrique R.; RAFFO, Julio e VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo, 1999.

BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D.; RECK, J. R. **Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.



BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ed. Brasília: UNB, 1996.

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

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H.L.A.; DWORKIN, R. **La decisión judicial. Studio preliminar de César Rodrigues**. Universidad de Los Andes, 1997.

HART, H L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

_____. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. "Pós-escrito". *In: O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

IKAWA, Daniela R. **Hart, Dworkin e a discricionariedade**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a06n61.pdf>. Acesso em 28 jun. 2014.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2.ed., California, Stanford University Press, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. "Apresentação: As várias lições de H.L.A. Hart" in Hart, H.L.A. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010 [1983]; WACKS, Raymond. *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*, New York, Oxford University Press, 2006.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Sandra Martinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin**. Coimbra: Edições Almedina, 2005.