

**FERNANDA KARAM DE CHUEIRI SANCHES**

**O SENTIDO DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A PARTIR DE HART E  
O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM DWORKIN**

**THE SENSE OF LEGAL DISCRETION FROM THE VIEWPOINT OF HART AND  
THE NECESSARY DIALOGUE WITH DWORKIN**

Artigo apresentado ao XX Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Tema: “Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos.”

Autora: Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná-UFPR. Bacharel em direito pela UFPR (2002). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil da UFPR. Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Juíza de Direito Substituta da 4ª Vara de Família de Curitiba/PR.

email: [fkcsanches@hotmail.com](mailto:fkcsanches@hotmail.com)

**CURITIBA**

**2012**

## **RESUMO**

Este artigo trata do caráter da indeterminação do direito a partir da perspectiva hartiana de textura aberta do direito. Para Hart sempre haverá casos não regulamentados de forma suficiente pelo direito, dado o seu caráter indeterminado ou incompleto. É o que chama de zona de penumbra normativa. No entanto, mesmo nessas situações o juiz não poderá se abster de decidir, momento em que deverá exercer o seu poder discricionário e criar o direito. É justamente quanto a este aspecto da discricionariedade que aparece o principal embate teórico entre Hart e Dworkin. Por não admitir qualquer espécie de “lacuna” no direito, Dworkin refuta a possibilidade de que o juiz venha a criar o direito. Para ele o direito é sempre aquele já existente através dos princípios, cabendo apenas ao magistrado interpretá-lo e encontrar a resposta certa a ser aplicada ao acaso concreto. O presente trabalho pretende trazer à tona a questão da discricionariedade a partir da perspectiva de Hart e seu embate com Dworkin, tendo em vista a atualidade deste tema para o constitucionalismo democrático brasileiro.

## **ABSTRACT**

This article is on the indetermination of Law from the viewpoint of Hart's open texture of Law. For Hart there is always cases which are not regulated by the law because its indeterminate or incomplete feature. It is the so-called normative darkness zone. However, even in such situations the judge cannot avoid deciding and then he/she must exercise his/her discretion and create the law. It is exactly on this matter concerning discretion that the debate between Hart and Dworkin comes out. In not admitting any kind of gap in Law Dworkin denies the possibility of creating the law by the judge. For him the law is always there in the principles and the judge must just interpret them in order to find the right answer for the case. This article intends to discuss the issue of discretion from Hart's perspective and his debate with Dworkin in view of the actuality of this theme for Brazilian democratic constitutionalism.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Textura aberta – Discricionariedade – Decisão judicial – Resposta correta

## **KEY-WORDS**

Open texture – discretion – legal decision – right answer

## 1 INTRODUÇÃO

O momento da decisão judicial é sem dúvida alguma um dos, senão o mais importante da atuação do juiz. É por meio dela que se põe fim a um litígio, ou que se reconhece direitos nem sempre expressos de forma evidente no Ordenamento Jurídico. Desta forma, tratá-la a partir da perspectiva da discussão travada entre Hart e Dworkin é algo de grande atualidade, principalmente quando hoje se está a discutir a respeito do ativismo judicial e do papel do Supremo Tribunal Federal frente algumas omissões do Poder Legislativo.

A polêmica estabelecida entre esses dois autores fornece instrumentos para que se possa tanto defender, como criticar, a maior ou menor amplitude do agir judicial frente aos *hard cases*. A opção por trabalhar a questão da discricionariedade judicial a partir de Hart e seu diálogo com Dworkin se fez na medida em que, frente a recentes decisões do STF, se indaga se estas foram decorrentes de uma atividade criadora dos ministros ou se implicaram em interpretações de princípios consagrados pelo Ordenamento.

As consequências decorrentes de se optar por uma ou outra corrente são diversas. No entanto a maior delas está em se aceitar ou não um papel mais ativo do juiz em relação à ‘criação do direito’.

Embora tanto Hart quanto Dworkin compartilhem da ideia de que a figura do intérprete, o que Hart chama de participante no sistema, é fundamental para o Direito, as implicações daí decorrentes são absolutamente diversas para cada um deles, inclusive no que tange à discricionariedade judicial.

No entanto, antes de adentrar nas polêmicas estabelecidas entre os dois catedráticos de Oxford, o primeiro inglês e o segundo americano, este trabalho, nos dois primeiros itens, se propôs a traçar, nos limites contidos num artigo, qual o caminho percorrido por Hart para estabelecer o seu conceito de discricionariedade.

Para poder chegar à conclusão de que o juiz tem o poder de criar o direito Hart se socorre da teoria da linguagem de Wittgenstein e assim constrói o seu conceito de textura aberta do direito, conforme se verá no primeiro item. Para ele, pelo simples fato das regras serem construídas a partir de uma linguagem já possuem um grau de indeterminação.

É justamente em razão destas regras possuírem uma textura aberta que irá surgir para o juiz, segundo Hart, o poder de criação do direito, por meio do exercício da sua discricionariedade, assunto este a ser abordado no segundo item deste artigo.

É na questão da discricionariedade que aparece o debate mais contundente entre Hart e Dworkin e sobre o qual se debruçará o terceiro item deste artigo, o qual não terá qualquer pretensão de esgotar todas as divergências existentes entre as teorias dos dois teóricos, mas verificar em que pontos os seus diálogos mais contribuem um para com o outro.

Por fim, já nas considerações finais, será analisada a aplicação das duas teorias a partir de recente julgado do Supremo Tribunal Federal a respeito das uniões homoafetivas.

Visando a abordar uma questão que para os teóricos do *common law* há muito é debatida, mas que se mostra atual para o constitucionalismo democrático brasileiro é que se passa a tecer algumas considerações a respeito da discricionariedade judicial.

## 2 –A TEXTURA ABERTA DO DIREITO

A preocupação em se compreender o conceito de direito, mas sem descurar de um olhar sobre a sua linguagem, permitiu que Hart desse um passo adiante em relação ao positivismo estabelecido a partir de Bentham e Austin<sup>1</sup>. Entretanto, o que interessa da grande contribuição da teoria do direito de Hart para esse trabalho é a análise que ele faz das práticas sociais e do sentido das regras a partir da linguagem. Considerando que o direito é “constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários interpretem de diferentes formas”<sup>2</sup>, Hart relaciona, de maneira inédita, o caráter aberto da linguagem dos enunciados jurídicos à interpretação que dela se faz, sobretudo, no momento da sua aplicação pelos tribunais. Na esteira de Katya Kozicki é possível afirmar que “ao reconhecer uma textura aberta da linguagem Hart fundamenta a existência de uma textura aberta do direito”<sup>3</sup>.

Para poder chegar ao conceito de textura aberta Hart estabelece algumas premissas, construindo o seu raciocínio a partir da ideia de que o direito, tal como é compreendido hoje, só se faz possível se admitida a transmissão de padrões gerais de condutas a multidões de

---

<sup>1</sup> Austin afirma na primeira frase da primeira preleção de *A província da jurisprudência determinada*, (...) “que o objeto próprio da jurisprudência é a lei positiva, i.e., a lei colocada por uma autoridade política para os indivíduos que estão submetidos a essa autoridade”. Ver AUSTIN, John. In BARRETO, Vicente (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72. É possível dizer que a teoria de Hart é enquadrada no positivismo jurídico em razão de proceder a uma análise do direito a partir dos conceitos de regra e obrigação jurídica. In KOZICKI, Katya. *Conflito X Estabilização: comprometendo radicalmente a interpretação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, p. 162.

<sup>2</sup> HART, H. L. A. In BARRETO, Vicente (Coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 409-410.

<sup>3</sup> KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, L. S. (Org). *Paradoxos da auto-observação: percurso da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 144.

indivíduos, sem nenhuma orientação adicional.<sup>4</sup> Acrescenta o autor que nesses grupos numerosos, “as normas gerais, os padrões de condutas e os princípios constituem o principal instrumento de controle social”<sup>5</sup>.

Para que haja a comunicação desses padrões gerais de conduta há possibilidade da utilização de duas estratégias, que pelo menos num primeiro momento, em muito se diferenciam. A primeira estratégia faz a aplicação máxima dos termos classificatórios gerais, sendo ela a legislação e a segunda faz uma aplicação mínima, a qual Hart chama de precedente<sup>6</sup>.

Nessas transmissões a utilização de exemplos, de maneira geral, pode fazer com que surjam dúvidas quanto ao modo de como se deverá proceder diante de uma dada situação, na medida que pode gerar incertezas. Face a esse caráter de imprecisão dos exemplos Hart sugere que a transmissão dos padrões gerais de conduta ocorram por meio “fórmulas gerais linguísticas explícitas”, na medida em que isso traz clareza, segurança e confiança.<sup>7</sup>

Estabelecidas as fórmulas gerais linguísticas, as orientações gerais de comportamento serão identificadas por meio de palavras. Assim percebe-se a importância da linguagem para Hart, conforme sublinhado no início deste trabalho<sup>8</sup>. Para saber como agir em dada situação não precisará o sujeito imaginar qual o exemplo a ser seguido, bastará identificar se a conduta que pretende seguir se encaixa em eventual descrição verbal já existente.

Ainda que num primeiro momento Hart tenha mencionado existir diferenças entre as duas estratégias de transmissões reconhece que seria ingênuo admitir uma total contraposição entre elas. Sustenta que as incertezas não surgem apenas na comunicação feita por meio dos

---

<sup>4</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009. p. 161.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 161-162. A diferença entre as duas estratégias mencionadas por Hart aclara-se quando do exame do exemplo por ele utilizado, qual seja, o uso do chapéu ao entrar em uma igreja. Propõe dois enunciados Antes de ir à igreja um pai diz ao filho: “Ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja diz, “Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta”. A primeira estratégia de comunicação dos padrões gerais de condutas (legislação) estaria contida no primeiro exemplo e o precedente no segundo.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>8</sup> Tanto a presença da linguagem é uma constante na teoria hartiana que ele utiliza do conceito de “*jogos de linguagem*” proposto por WITTGENSTEIN para explicar parte da sua teoria In HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. (v. 1). p. 251. Em sentido análogo se expressa Kozicki ao mencionar em sua tese de doutorado que “Dentro do instrumental teórico fornecido pela teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Hart vê o direito como sendo constituído por um universo de diferentes usos linguísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que seus usuários os interpretem de diferentes formas”. KOZICKI, Katya. *Conflito ...*, p. 167.

exemplos dotados de autoridade (precedentes), mas também pode aparecer quando a transmissão é feita por meio de linguagem geral vinculante (legislação)<sup>9</sup>.

Sem deixar de lado a relevância da linguagem o teórico inglês não ignora que esta possui as suas limitações e que isso gera conseqüências. Nos casos que se repetem com freqüência, que não há dificuldade no seu enquadramento, não haverá maiores problemas para aplicação das fórmulas gerais. Os dilemas aparecem quando não há tanta certeza quanto à aplicação ou não de uma fórmula geral, porque não é clara a finalidade da norma em questão ou seja, é o que se pode chamar de “*zonas de penumbra normativa*”<sup>10</sup>. Para Hart a interpretação não é o meio eficiente para a solução destas incertezas, na medida em que opera por meio de normas gerais para o uso da linguagem, empregando, portanto, termos gerais que devem ser interpretados. Por este motivo, diz o autor, “não podem, mais que as outras normas, fornecer sua própria interpretação”<sup>11</sup>.

Diante destas conclusões percebe-se que para ele apenas para os casos fáceis é que se faz possível o emprego direto do raciocínio silogístico, não se podendo dizer o mesmo nas demais situações. Nestas a linguagem geral forneceria no máximo uma orientação, não raro incerta, aproximada do que acontece com o precedente, a não ser pela diferença de que na linguagem da norma há traços a que o aplicador estará vinculado.

A partir destas considerações percebe-se que seja qual for a estratégia de transmissão de comportamentos escolhida, precedentes ou legislação, com exceção dos casos comuns, nos demais, haverá sempre, quando da sua aplicação, uma dose de imprecisão, surgindo o que Hart chama de *textura aberta*.<sup>12</sup> Para uma clareza maior do assunto é imperioso citar as palavras do autor:

Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana; a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente à questões factuais. [...] É, entretanto, importante considerar por que razão, excluída essa dependência da linguagem tal como realmente existe, com sua típica textura aberta, não devemos acalentar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sido sempre respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas. Em resumo, a necessidade dessa escolha nos é imposta porque somos homens, e não deuses. É típico da condição humana (e também, portanto da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambigüidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa

---

<sup>9</sup> HART, H. L. A. *O conceito....* São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 163.

<sup>10</sup> KOZICKI, Katya. *Conflito....*, p. 169.

<sup>11</sup> HART, H. L. A. *O conceito....* p. 164.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 166.

ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo.”<sup>13</sup>

Assim, percebe-se que, embora Hart admita a existência de uma gama infinita de hipóteses e de possibilidades, nega a pretensão de que sejam criadas normas com grau de especificidades tamanha que visem a abarcar todos esses casos, até porque entende isso como impossível.

Para o autor a existência de graus de incertezas na norma é o preço que se paga pelo uso da linguagem que tem em si um grau de indeterminação que é a ela inerente, principalmente quando se está diante de casos limítrofes. Desta forma, querer, aprioristicamente, prever todas as combinações possíveis a serem realizadas não se mostra para Hart nem factível nem desejável.

Ainda que haja normas gerais de conduta, e não se nega a existência destas, elas irão se utilizar de uma linguagem que permita que nela se encaixem diversas condutas, permitindo a rápida solução dos casos claros. Quando surgir uma situação imprevista esta será examinada em particular e solucionada de acordo com os interesses conflitantes. Será realizada uma escolha entre as soluções possíveis.

A busca por um detalhamento das normas faz com que Hart aponte o formalismo ou conceptualismo<sup>14</sup> como um vício existente perante as normas formuladas verbalmente “que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha”<sup>15</sup>. No agir formal se congela o sentido da norma de forma que os seus termos gerais tenham o mesmo sentido em todos os casos em que vier a ser aplicada. Com isso se tem a pretensão de se estar resolvendo, previamente, todos os casos futuros. A norma geral, dotada de textura aberta, acaba por incluir casos que, pela sua técnica não teriam sido incluídos, mas a busca por uma completude faz proceder desta forma.

O clímax desse agir formal é o que Hart chama de “paraíso dos conceitos do jurista”<sup>16</sup> e seria alcançado quando se pudesse atribuir a um termo geral o mesmo sentido todas as vezes que ele aparecesse no sistema jurídico, não se demandando do aplicador qualquer interpretação.

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Embora se faça esta rápida menção ao formalismo, o presente artigo não tratará das diferenciações entre formalismo e cetismos, as quais podem ser conferidas nos itens 2 e 3 do capítulo VII do “Conceito de Direito” HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2009.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>16</sup> Idem.

É justamente em razão desta pretensão de completude e exaurimento dos fatos na norma geral, cuja textura aberta é reconhecida por Hart<sup>17</sup>, que ele reputou de vício a atitude formalista ou conceptualista dentro da teoria do direito.

Quanto às normas existentes nos sistemas diz Hart que estes conciliam duas necessidades sociais: a primeira referente à necessidade da existência de certas normas que os indivíduos possam aplicar a si, em grandes áreas do comportamento, sem que haja nova orientação oficial e sem considerar questões sociais; a segunda, referente à necessidade de deixar questões em aberto para serem, posteriormente, resolvidas por uma escolha oficial, quando da efetivação do caso concreto.<sup>18</sup> Nesta última hipótese o Poder Legislativo pode, a princípio, estabelecer padrões muito gerais e delegar, desde o início, que a regulamentação deste assunto ocorra, *a posteriori*, por um dado órgão normativo.

Numa situação como esta última mencionada, ainda que o Legislador tenha estabelecido padrões com alto grau de generalidade, haverá uma certa dose de clareza que deverá ser por todos observada independentemente de regulamentação.

O problema surge nos casos difíceis, ou seja, entre aquilo que é extremamente claro e o absurdo (*penumbra normativa*). Para Hart, como muitas vezes nesses casos não há possibilidade de se estabelecer de antemão todas as combinações previsíveis de fatores pertinentes, a “autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer a sua discricionariedade”<sup>19</sup>, não sendo possível estabelecer de antemão uma única solução correta, mas sim, uma resposta que procure equilibrar de forma razoável os diversos interesses conflitantes.<sup>20</sup>

Essas situações ocorrem justamente porque se as normas possuem uma textura aberta, e assim o é, porque a linguagem que as compõem também é aberta. Assim, se pode dizer, mais uma vez utilizando-se do escólio de Kozicki que o que se entende por textura aberta da linguagem é “este limite da linguagem natural e, por consequência, da linguagem jurídica”<sup>21</sup>. Segundo Pablo Navarro, “a textura aberta dos conceitos é, para Hart, fruto de duas

---

<sup>17</sup> Ainda que Hart apareça como um dos representantes do positivismo, o reconhecimento da textura aberta da norma faz perceber que este o apresentou sob uma outra perspectiva.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>20</sup> Neste ponto talvez esteja a maior divergência estabelecida entre Hart e Dworkin. Este nega de forma veemente a noção de discricionariedade proposta por Hart. Esta polêmica será melhor trabalhada no item 4 deste artigo, assim como a noção de discricionariedade em Hart, que será analisada no item 3.

<sup>21</sup> KOZICKI, Katya. *Conflito*, p. 168-169.

incapacidades inerentes ao ser humano: um relativo desconhecimento do futuro e uma relativa indeterminação de propósitos”.<sup>22</sup>

No entanto, há casos, segundo Hart, em que, em razão da relevância das ações, dos acontecimentos ou das situações tratadas, que a textura aberta da norma fica bastante restringida, sendo o exemplo mais evidente a morte de um ser humano.<sup>23</sup> Neste caso o ato de matar não seria regulamentado por meio de uma norma do tipo “respeite a vida humana”, mas se proibindo, antecipadamente, com a previsão do “homicídio”.

A partir de Hart se pode dizer que,

A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmita por precedente) a um caso concreto. Nisso, nos espaços deixados em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente ao elaborar padrões variáveis. Em um sistema no qual o princípio *stare decisis* seja firmemente reconhecido, essa função dos tribunais se assemelha muito ao exercício, por parte de um órgão administrativo, de poderes normativos delegados.<sup>24</sup>

De acordo com a tese hartiana percebe-se que para o teórico de Oxford as normas gerais têm um papel de orientar o agir tanto das autoridades quanto dos indivíduos, e em grande número de casos isso ocorre sem que haja a necessidade de nova interferência do Estado (juiz ou administrador). No entanto, situações há em que não haverá possibilidade de uma subsunção automática dos fatos às normas face à falta de clareza da finalidade destas. Nesse momento é que se depara com a textura aberta do direito e que se faz premente a atuação das autoridades administrativas ou judiciais para a decisão do caso concreto. Será a partir dessa noção de textura aberta das normas que Hart irá elaborar a sua teoria da aplicação do direito pelos tribunais.

### **3 – O SENTIDO DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

---

<sup>22</sup> NAVARRO, Pablo. E. Tensiones conceptuales em el positivismo jurídico. *Doxa*, n. 24, 2001. *Apud.* ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito*. Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 56.

<sup>23</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 173.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 175-176.

Ainda que se diga que Hart adotou um positivismo brando se comparado a Kelsen<sup>25</sup>, para ele as normas permanecem ocupando um lugar central no sistema jurídico, sendo uma falácia a tese de que o direito estaria restrito às decisões dos Tribunais. Não obstante admitir os precedentes como fonte do direito, isso não implica na exclusão da existência de normas, mesmo porque, defende que para que haja um Tribunal é preciso que normas secundárias outorguem jurisdição a uma série de indivíduos, para que suas decisões possam ter caráter vinculante.<sup>26</sup>

Sem descuidar da importância das normas gerais para o sistema jurídico Hart reconhece que este deixa em aberto um campo vasto e importante para que os Tribunais e outras autoridades possam exercer a sua discricionariedade, tudo isso com a finalidade de “tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas na lei ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados”<sup>27</sup>.

Na tomada de decisões judiciais não se ignora o fato de que em dadas situações o juiz, ao examinar o caso concreto, tome a sua decisão, *a priori*, e somente após busque fundamentação jurídica para aquilo que já se encontrava solucionado pelas suas convicções pessoais. No entanto, isso não acontece na maioria dos casos. A regra é que o julgador, na construção de sua decisão, o faça, segundo Hart, obedecendo às normas aceitas conscientemente como padrões, ou, ainda que tomadas decisões intuitivamente, sejam justificadas por outras normas que ele previamente tenha se disposto a obedecer.<sup>28</sup>

A textura aberta das normas confere aos Tribunais um poder de criação do direito de grande amplitude e importância, na medida em que podem formar precedentes<sup>29</sup>, estes, no sistema de *Common Law*, há muito reconhecidos como fontes do direito.

A decisão de um tribunal a respeito de um caso será definitiva, e sobre a sua interpretação terá a palavra final, isso tanto quando decidir questões referentes a parte clara da norma quanto quando decidir litígios que estejam ligados a sua “*zona de penumbra*”. Essa situação só poderá ser alterada mediante legislação.

No entanto Hart adverte que quando se está na área da textura aberta da norma e se depara com a pergunta “Qual o direito existente sobre esse assunto?”, pouco se pode oferecer

---

<sup>25</sup> Para um estudo a respeito da teoria kelsiana KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>26</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 177.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>29</sup> Neste ponto mais uma vez é total a divergência entre Dworkin e Hart, pois para o teórico americano, como se verá adiante, ao decidir os juizes não “criam” direito.

como resposta a não ser que haverá uma atuação cautelosa futura dos tribunais, sendo esta também a mesma resposta para as situações de normas jurídicas claras. Isso porque, para o autor inglês, os tribunais consideram as normas jurídicas, na grande maioria das vezes, não como previsões, mas como padrões suficientemente precisos que devem ser seguidos nas suas decisões. Diante da textura aberta das normas, esses padrões servem não para excluir, mas para limitar a discricionariedade do tribunal ao proferirem as suas decisões.

No entanto, sem deixar de lado a importância das normas, Hart, defende que, seja qual for o sistema jurídico, sempre haverá casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em determinados momentos, o direito não poderá dar uma resposta em um ou outro sentido. Por este motivo entende ser o direito parcialmente indeterminado ou incompleto.

Ocorre que, não obstante a constatação desta incompletude, o juiz não poderá se furtar a decidir em tais casos, tampouco remeter a questão ao Poder Legislativo. A alegação de *non liquet*<sup>30</sup> a que se reportava o magistrado no direito romano, não é compatível com o sistemas jurídicos vigentes, seja de *Common Law*, seja de *Civil Law*.

Segundo HART, nesses casos de incompletude do sistema deverá o magistrado exercer a sua discricionariedade, criando o direito referente àquele caso concreto, ou seja, um novo direito.<sup>31</sup> É importante frisar que o próprio Hart deixa claro que este “poder criador” do juiz não se dá de maneira ilimitada e nem é igualado ao Poder Legislativo.

O “poder criador” dos juízes é restrito a casos específicos, ou seja, aqueles que ele irá julgar e aos quais o direito não ofereceu resposta. Além disso, o julgador não poderá fazer uso desse poder para introduzir reformas legislativas.

A decisão tomada pelo magistrado que implicar em criação de direito não poderá ser arbitrária. Sendo assim, deverá sempre, conforme explica Hart, “justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”.<sup>32</sup> No entanto, uma vez respeitadas essas condições, isso não significa que tenha que decidir em conformidade com juízes anteriores.

Ao exercer a sua discricionariedade e criar direitos os juízes não o fazem de maneira descompromissada. Para Hart a principal característica que diferencia a atividade criativa jurisdicional da legislativa está na importância dada pelos Tribunais ao fato de que o direito

---

<sup>30</sup> No direito romano caso o juiz não se sentisse em condições de julgar poderia alegar o *non liquet*.

<sup>31</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 351.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 352.

por eles criado, embora novo, deve estar em harmonia “com os princípios ou razões subjacentes reconhecidamente já estabelecidos no direito existente”.<sup>33</sup>

O poder criador dos magistrados, o que Hart chama de discricionariedade, é por ele mesmo limitado, na medida em que não vê nesse “poder” qualquer possibilidade de reformas legislativas ou a criação de códigos, mas apenas e tão somente, a criação de normas para a solução de determinados casos concretos.

Ronald Dworkin não aceita a afirmação posta por Hart quanto à existência de casos não regulamentados juridicamente, sobre os quais o direito, em dadas situações, não poderá oferecer uma resposta, ficando sujeito à decisão discricionária do juiz, que, ao decidir, criará o direito para o caso concreto.

Dworkin então passa a tecer uma série de críticas a Hart, estabelecendo uma polêmica com o teórico inglês.

#### **4 – OS DIÁLOGOS ENTRE DWORKIN E HART, SOBRE UMA POSSIBILIDADE OU NÃO DO EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Não obstante Dworkin ter sucedido à Hart na sua cátedra na Universidade de Oxford (Inglaterra)<sup>34</sup> é notório o embate teórico existente entre esses dois estudiosos do direito. Tanto é assim que Hart, após trinta e dois anos da edição da sua obra mais célebre (“O Conceito de Direito”) decide a ele acrescentar um “Pós-escrito” visando a responder às críticas endereçadas por alguns autores, mas, principalmente, objetivando a rebater às críticas formuladas especificamente por Ronald Dworkin.

Como já relatado na introdução, o objetivo do presente trabalho não será tratar de todas as divergências existentes entre as teorias de Hart e Dworkin, tampouco de todas as críticas por este dirigida àquele e da respectiva resposta, posto que tal exercício transbordaria aos limites deste artigo.

Os itens dois e três deste escrito abordaram, respectivamente, a questão da textura aberta do direito e da discricionariedade judicial, ambas na teoria hartiana, aquela como pressuposto para que esta última pudesse ser analisada.

Desta forma, e levando-se em consideração o exposto nos itens anteriores, neste quarto item se buscará traçar um apanhado das críticas estabelecidas por Dworkin a Hart no

---

<sup>33</sup> Ibidem, p. 354.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 260.

que diz, especificamente, com o aspecto da discricionariedade, bem como as respostas dadas por Hart.

O próprio Hart reconhece que é ao tratar da discricionariedade que aparece o conflito mais contundente entre a sua teoria do direito e aquela defendida por Dworkin. Nesse sentido afirma o autor inglês que:

sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente, sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá que exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente.<sup>35</sup>

Para Dworkin não há qualquer razão para que o juiz, ao julgar, seja qual for o nível de dificuldade do caso, ainda que *hard cases*, venha a aplicar a sua discricionariedade. O teórico americano rejeita de forma veemente a ideia de incompletude ou indeterminação parcial do direito. Para ele sequer existe o que os filósofos costumam chamar de “lacunas” do Direito.<sup>36</sup> Sendo assim, entende que não há motivos para que o juiz seja visto como alguém que tenha a função de preencher essas “lacunas” por meio do seu poder discricionário, pois elas sequer se fazem presentes no sistema jurídico.

Dworkin argumenta que o problema não está na incompletude do direito, mas na imagem que dele faz o positivista.<sup>37</sup> O autor americano se propõe a demonstrar esta falha da teoria hartiana a partir da sua avaliação interpretativa do direito, por meio da qual inclui, não

---

<sup>35</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 351.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

<sup>37</sup> Ao falar do positivismo jurídico em seu livro “*O Império do Direito*”, Dworkin, faz menção a dois teóricos AUSTIN e HART, argumentando que este foi o mais importante autor responsável por proceder a algumas reformulações na teoria de Austin. Dworkin sintetiza a teoria de Hart sustentando que este “refutava a opinião de Austin de que a autoridade jurídica era um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupo o poder de criar leis válidas.” Após estabelecer estas premissas Dworkin questiona, a partir de um exemplo da Alemanha nazista, se efetivamente haveria diferenças entre a teoria de Hart e Austin, pois para ele seria ilusória a diferença entre um grupo de pessoas que aceita uma regra de reconhecimento e outro, que por medo, simplesmente, acaba por obedecer esta regra. Para ele, se a aceitação da regra exigir algo mais que a mera obediência não seria possível afirmar que na Alemanha nazista existiu direito. Desta forma, para Dworkin a teoria de Hart, embora aceita por muitos, não se mostra capaz de apreender o modo como os advogados usam a palavra ‘direito’. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42-43)

só o direito estabelecido *explícito*, mas também “*princípios jurídicos implícitos, que são aqueles que melhor se adequam ao direito explícito, oferecendo ao mesmo tempo a melhor justificativa moral para este.*”<sup>38</sup>

É justamente a partir desta visão interpretativa que Dworkin defende a impossibilidade de incompletude ou indeterminação do direito, pois, para ele, o juiz, ao decidir, não teria necessidade de exercer qualquer tipo de discricionariedade, recorrendo-se a mecanismos de criação do direito. Nos chamados “*hard cases*”, na ausência de uma regra expressa, bastaria que o juiz se socorresse dos princípios implícitos para proferir a sua decisão.

Firme em seu propósito de defender a atuação interpretativa dos juízes em detrimento de sua atuação discricionária, Dworkin adverte que não se pode confundir a lei com o que os juízes farão com relação a ela, podendo sim as teorias sobre os fundamentos do direito serem políticas e, com isso, tratar do modo como os juízes decidem os casos a eles apresentados. Caso não se proceda desta forma, para o autor,

“não poderíamos tratar a teoria como uma interpretação do direito, como uma concepção de nosso conceito. Seria uma órfã da escolástica, uma teoria cuja única finalidade seria proporcionar testes de memória para estudantes que associam lemas como ‘o direito é autoridade do soberano’ ao filósofo que tinha tais palavras por divisa. A jurisprudência tem sido assim a tempos demais.”<sup>39</sup>

Diante do exposto percebe-se que para Dworkin o ato decisório do juiz é essencialmente interpretativo e não discricionário, sendo que naquela atividade se procura dentro do direito existente a solução para o caso concreto, a “resposta certa”<sup>40</sup>, não havendo necessidade de criação de um “novo” direito.

Visando a responder a esta crítica de Dworkin, Hart esclarece que o poder que atribui aos juízes de regulamentar os casos em que o direito se mostra incompleto ou impreciso não se confunde com o poder exercido pelo legislativo, uma vez que é muito mais limitado, restrições estas a que os legisladores não se sujeitam. Além disso, o juiz exercerá esse poder criador apenas em casos específicos, não podendo dele fazer uso para operar amplas reformas no sistema jurídico ou introduzir novos Códigos.

No entanto, Hart continua a insistir que, não obstante os poderes do juiz para a criação do direito não sejam iguais ao do legislador, haverá casos em que ele se deparará com uma ausência de resposta face à incompletude ou imprecisão do direito. Diante desta situação não

---

<sup>38</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 352.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *O império...*, p.138.

<sup>40</sup> Nos parágrafos seguintes, embora este não seja o objeto deste trabalho, haverá uma abordagem um pouco mais minuciosa a respeito desta questão, contrapondo-se “criação do direito” (Hart) e “resposta certa” (Dworkin).

haverá outro caminho a não ser criar o direito para o caso concreto por meio do exercício da sua discricionariedade e de forma fundamentada.

A esse poder discricionário (limitado) conferido por Hart aos juízes e Tribunais para resolver os casos não regulamentados de forma suficiente pela lei, Dworkin apresenta três críticas principais, as quais serão analisadas uma a uma, quais sejam: a) que se trata de uma descrição equivocada do processo judicial e da atuação dos tribunais nos ‘casos difíceis’; b) que endossa uma modalidade de criação do direito que é antidemocrática e injusta, pois os juízes geralmente não são eleitos; c) que a atividade criativa judicial é injusta, desaprovando-a como uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto*”<sup>41</sup>.

Para explicar a primeira das críticas Dworkin se socorre da linguagem utilizada pelos juízes e juristas ao descreverem não só a tarefa do juiz, mas também no seu próprio atuar processual.<sup>42</sup> Para ele, tanto os juízes ao decidirem, quanto os advogados ao postularem por uma decisão judicial, não se dirigem ao magistrado como alguém que está prestes a “criar” o direito, mesmo que o caso a que se esteja a discutir nunca tenha sido apresentado anteriormente. Entende Dworkin que ao se postular uma decisão do magistrado este não tem que percorrer dois caminhos para proferir o seu julgado, como entendem os positivistas, ou seja, primeiro verifica que existe uma “lacuna” no direito existente e, após, suprir esta “lacuna” criando o direito para o caso concreto.

Contrário a esta tese muito cara a Hart, Dworkin defende que quando um advogado se dirige ao judiciário visando a solução do caso concreto presume que o juiz irá sempre buscar uma resposta dentro do direito já existente, uma vez que esta solução já existe, basta que ela seja descoberta, é a resposta certa<sup>43</sup>. Não há, portanto, para Dworkin, necessidade de se criar

---

<sup>41</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 353-356.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 353.

<sup>43</sup> Para Dworkin quando o juiz decide o que ele chama de *hard cases* não há a possibilidade de encontrar mais de uma resposta dentro do direito, há apenas uma resposta certa para cada caso, cabendo ao juiz interpretar os princípios e assim encontrar esta resposta. Concordando com Dworkin na tese de que ao decidirem os juízes exercitam a sua interpretação e não a discricionariedade, HABERMAS, fazendo uma crítica ao positivismo esclarece: “Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um médium sem estrutura interna própria como é defendido pelo realismo. O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios - das ‘únicas decisões corretas’. No entanto, como esses princípios não são topoi historicamente comprovados, que podem ser extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática da interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece este ponto de referência da razão prática de dois modos: metodicamente, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, conteudisticamente, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e...*, p. 259-260).

algo novo, posto que as respostas para os casos são dadas pelo próprio direito, bastando ao intérprete encontrá-las.

Hart não aceita esta crítica. Afirma que apesar de tentador o argumento no sentido de que nos sistemas judiciais evoluídos não haveria casos sem regulamentação legal, tal não pode ser aceito, na medida em que há de fato casos que não foram regulamentados de forma satisfatória pelo direito, cabendo aos juízes suprir estas “lacunas”. Salienta que não se pode confundir a linguagem ritual usada pelos juízes e advogados, quando decidem causas nos tribunais, com aquelas observações gerais, que tem mais caráter reflexivo, e dizem respeito ao processo judicial. Como argumento de autoridade para embasar a sua posição menciona que juízes como os americanos Holmes e Cardozo e os britânicos, Radcliffe e Lord Reid, eram adeptos da concepção de que o juiz tinha uma função criadora do direito face a sua incompletude.<sup>44</sup>

Com o intuito de oferecer mais uma ponderação à crítica de Dworkin, Hart sustenta, conforme já mencionado no item três deste artigo, que o direito criado pelos juízes devem estar em harmonia com os princípios ou com os fundamentos já existentes no direito posto, sendo esta mais uma diferença entre o poder criador dos magistrados e o legislativo. Com isso Hart quer dizer que o exercício da discricionariedade pelos juízes não se dá de forma descompromissada e nem ignorando o direito posto ou os ensinamentos doutrinários. Chega a mencionar inclusive que isso constitui o próprio “cerne da ‘interpretação construtiva’, que é um traço tão importante da teoria de Dworkin sobre a decisão judicial”.<sup>45</sup>

Embora em seu pós-escrito Hart não negue a existência de princípios no direito, sustenta que eles não servem para afastar o problema da existência de casos sem regulamentação pelo direito. Tal só poderia servir para afastar o emprego da discricionariedade judicial se houvesse estabelecido no direito uma ordem hierarquizada dos princípios cabendo ao juiz apenas aplicá-los.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> HART, H.L.A. “*O Conceito...*”, p. 354.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>46</sup> Para encerrar o debate atinente a esta primeira crítica imperioso se faz transcrever os ensinamentos de HABERMAS quando trata mais uma vez da oposição de Dworkin à teoria hartiana, abordando especificamente a questão dos princípios: “Além disso, Dworkin explica a insuficiência da concepção jurídica que está na base da tese da autonomia de Hart, servindo-se da distinção entre ‘regra’ e ‘princípio’. Regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, como, por exemplo, as prescrições formais da redação de testamento; ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação (direitos humanos, igualdade de tratamento, etc.). Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não tem estrutura teleológica, eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação de bens’ nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões,

A segunda crítica que Dworkin endereça à tese do poder discricionário dos juízes defendida por Hart é que aquele implica na criação de um direito que é antidemocrática e injusta. Isso porque, só aqueles representantes eleitos pelo povo teriam o poder de criar o direito, qualquer direito criado por juízes não eleitos pelo povo seria considerado antidemocrático.

Hart não vê esta objeção com maiores problemas, opondo-se facilmente a ela. Argumenta que diante da situação de casos não regulamentados pelo direito, conferir aos juízes poder discricionário para que estes possam “criar o direito” e assim suprir a “lacuna” do caso concreto é a forma mais eficiente e célere para solucionar a incompletude do direito. Para o autor inglês, não fosse este o método utilizado seria necessário fazer uso de métodos alternativos, como por exemplo, encaminhar estas disputas ao legislativo para que fossem regulamentadas.

Contrapõe-se ainda à crítica de Dworkin sustentando que nas democracias modernas é algo absolutamente comum a delegação de poderes legislativos limitados ao executivo, motivo pelo qual não haveria o porquê se temer pela concessão da mesma ordem de poderes ao judiciário.

Dworkin, por fim, como, terceira e última crítica, desaprova a atividade criativa dos juízes por considerá-la uma forma de legislação retroativa, ou *ex post facto* e, portanto, injusta. Para o teórico americano, o juiz, ao criar o direito na análise do caso concreto, estaria a imprimir surpresa às partes, pois estas quando agiram não conheciam o direito que o juiz agora está a criar. Hart contra argumenta no sentido de que na decisão de um *hard case* não há que se falar em surpresa aos litigantes, pois o direito regulou aquele caso de forma incompleta ou imprecisa, de forma que não havia direito a ser aplicado, sendo imperiosa a atuação do poder discricionário do juiz para criar o direito no caso concreto para que este não fique sem uma resposta.

---

porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente. Pois regras contêm sempre um componente ‘se’, que especifica condições de aplicação típicas da condição da situação, ao passo que princípios ou surgem com uma pretensão de validade não específica ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica ente regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo. Só se pode solucionar um conflito entre regras introduzindo uma cláusula de exceção, ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios não se faz necessária uma decisão do tipo ‘tudo o nada’. É certo que um determinado princípio goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem o lugar. Um princípio passa à frente de outro, conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estabelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e...*, p. 258-259).

Como o próprio Hart afirmou ao tratar especificamente da discricionariedade judicial em seu pós-escrito este é o ponto de maior divergência entre a sua teoria do direito e a defendida por Ronald Dworkin.

O teórico americano, não obstante reconheça os méritos de Hart no abrandamento do positivismo, principalmente após Austin e Bentham, não faz nenhuma concessão ao criticá-lo. Para Dworkin é absolutamente inconcebível a utilização da discricionariedade judicial como método de solução de conflitos, não admitindo que ao juiz seja conferido o poder de criar o direito. No seu entender não há “lacunas” a serem preenchidas pelo magistrado ao julgar, ainda que se esteja diante de um *hard case*.

Para Dworkin ao juiz apenas é dado conhecer do caso que lhe é apresentado e reconhecer dentro do direito a regra ou princípio a ser aplicado, interpretando-os. Cabe ao juiz, a partir do exercício interpretativo, encontrar a resposta certa. Mas isso não se faz por meio de criação judicial, ao juiz não é dado criar o direito, este já existe. Quando um caso lhe é levado a conhecimento, mesmo que difícil, se presume que o juiz não irá criar um novo direito para ele, mas que buscará dentro do direito já existente a melhor solução possível para ser aplicada.

A importância da aplicação prática do debate acima desenvolvido é evidente. E isso não passou despercebido para Hart. Em palestra proferida nos Estados Unidos, tratando da Teoria do Direito norte-americana, fez questão de estabelecer um paralelo dentre as duas teorias e as decisões que vinham sendo proferidas pela Suprema Corte daquele país.<sup>47</sup>

Nessa palestra é a vez de Hart tecer diversas críticas a Dworkin chagando a considerá-lo, dentre todos, “o mais nobre sonhador”, no sentido de que jamais admite o exercício do poder legislativo pelo juiz, ainda que se esteja diante de um caso com duas interpretações alternativas de uma lei, ou de duas regras conflitantes.<sup>48</sup> Hart adjetivou Dworkin justamente

---

<sup>47</sup> HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. (Coord.) *Ensaios sobre teoria do direito e filosofia: H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 137-161. Nesse texto Hart então se questionou com qual concepção geral do direito o extraordinário poder desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana seria compatível, tendo a teoria do direito americana desenvolvido duas teorias para explicar essa situação, as quais Hart chamou de pesadelo e nobre sonho. O pesadelo é a teoria em que a imagem do juiz, distinta do legislador, é vista como uma ilusão de modo que as expectativas dela decorrentes estão fadadas à decepção. Por esta perspectiva do pesadelo se admite que o juiz crie o direito a ser aplicado no caso concreto. Para alguns apenas nos casos difíceis, para outros sempre. De nobre sonho Hart chama a crença para a expectativa comum das partes para que os juízes apliquem no julgamento de seus casos o direito já existente, não criando novos direitos, ainda que o caso aparente ter regulamentação imprecisa ou insuficiente. Para Hart está em Dworkin a figura do mais nobre sonhador.

<sup>48</sup> HART, H. L. A. A teoria..., p. 154.

porque para ele sempre será necessário encontrar a resposta no direito estabelecido, a resposta certa.<sup>49</sup>

Para Hart a principal crítica que a teoria de Dworkin poderá receber é justamente quanto a essa sua insistência em encontrar uma resposta certa, mesmo em casos em que não haja como se demonstrar qual das duas soluções conflitantes, ambas bem fundamentadas na lei existente, seja a correta.

Estabelecer um enquadramento do tipo se a teoria de Dworkin não passa de um “nobre sonho” ou se a teoria hartiana se encaixa no pesadelo; ou, se a aplicação de uma teoria exclui absolutamente a incidência da outra, não é, definitivamente o objetivo deste artigo.

No entanto, não se pode ignorar que as críticas feitas por Dworkin à teoria Hart devem ser consideradas, e vice-versa, para que se possa ponderar a respeito da aplicação de cada uma delas no que tange ao momento da decisão judicial.

## 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual estado da arte do Direito brasileiro é de intenso questionamento a respeito do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Cada vez mais se indaga sobre qual o limite de atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, diante de casos que lhe são apresentados para os quais, a princípio, não se verifica a existência de uma regra expressa, os chamados *hard cases*.

Diante deste contexto, a atualidade dos debates operados entre Hart e Dworkin se mostra premente, na medida em que se coloca a questão sobre se o Poder Judiciário, diante de situações ainda não regulamentadas pelo Poder Legislativo, estaria a criar direitos ou apenas reconhecer esses direitos a partir de uma atividade interpretativa.

Essa situação pode ser verificada em recentes julgados do STF como na ADI 3510<sup>50</sup> - em que se autorizou a pesquisa em células tronco embrionárias - e na ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF<sup>51</sup> - em que se reconheceu a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo. Limitemo-nos à análise deste último.

---

<sup>49</sup> A forma como se encontra esta resposta certa, é por evidente uma tarefa hercúlea e por isso Dworkin chama de Hércules o juiz envolvido na construção desta teoria. A construção deste raciocínio demandaria a elaboração de um novo artigo, ainda mais se estabelecido mediante um diálogo com Hart. Para conferir os dito acima DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>50</sup> ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043.

<sup>51</sup> ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

Ao julgar ação proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, em 05 de maio de 2011, o STF, por unanimidade dos seus membros, reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, possibilitando que entre casais do mesmo sexo fossem constituídas uniões estáveis.<sup>52</sup>

Analisando-se a referida decisão a partir da polêmica estabelecida entre Hart e Dworkin é possível perquirir de que forma atuaram os julgadores, se criando novo direito a partir de um exercício de discricionariedade ou apenas interpretando as regras e princípios do ordenamento a fim de oferecer “*a decisão correta*”.

A partir da teoria hartiana poder-se-ia dizer que se criou um novo direito, posto que nem a Constituição, nem qualquer ordenamento infra-constitucional estabelece, de forma expressa, as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares.

A Constituição, em seu artigo 226, parágrafo 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar<sup>53</sup>, nada mencionando a respeito das uniões homoafetivas.

Frente a esta situação, para Hart, certamente, ao se reconhecer as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e estender-lhe o mesmo regime jurídico das uniões heterossexuais, tanto os ministros do STF, como do STJ estariam criando um novo direito.

Em contrapartida, se analisada a mencionada decisão tendo por base a teoria de Dworkin não seria verificada qualquer criação de direito, mas apenas o reconhecimento de algo já previsto no ordenamento e que foi concretizado a partir da interpretação dos seus princípios por meio da atividade judicial.

Diante do acima exposto, percebe-se que tanto a teoria de Hart quanto a de Dworkin se mostram úteis para aqueles que acreditam numa maior atuação do Poder Judiciário. Entretanto o ‘ativismo’ de Hart, como discricionariedade, tem um componente menos político do que o de Dworkin. Digamos que ambos defendem a possibilidade do Supremo Tribunal Federal atribuir direitos que não estejam expressos na lei ou na Constituição, todavia, com razões diversas, pois para Dworkin a criação do direito implicaria numa invasão da competência do Poder Legislativo transformando o juiz numa espécie de legislador delegado a mitigar a função jurisdicional. Neste sentido, o ‘ativismo’ de Dworkin não significaria criar

---

<sup>52</sup> Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Recurso Especial oriundo do Rio Grande do Sul, reconheceu a possibilidade de estender aos relacionamentos homoafetivos o regime jurídico das uniões estáveis entre casais heterossexuais (REsp 827.962/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011).

<sup>53</sup> Art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal – “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento*”.

direitos, mas, interpretar o conjunto de princípios legitimamente consagrados no Ordenamento, sobretudo, a partir da Constituição. Neste caso, o juiz não agiria como um legislador de segunda ordem e, sim, como interprete privilegiado dos princípios e regras. Assim, a teoria de Dworkin se prestaria a defender também uma atuação do juiz – mas, em sentido diverso do de Hart-, pois aquele, ao reconhecer direitos, não estaria a legislar, mas apenas a estabelecer a resposta certa para um caso difícil que lhe foi apresentado.

A referida polêmica que há anos se estabeleceu entre os dois catedráticos de Oxford agora espalha os seus efeitos no direito constitucional brasileiro, sendo que só a prática reiterada dos Tribunais poderá dizer qual das duas pode oferecer um argumento adequado para a solução dos casos difíceis por eles enfrentados.

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, John. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 72-76.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme de. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- DWORKIN, Ronald. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 259-263.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FORST, Rainer. Jürgen Habermas: Facticidade e validade. In: FRANKENBERG, G.; MOREIRA, L. (Org.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 179-193.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia : entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. (v. 1). 343 p.
- HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. (Coord.) *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia : H. L. A.Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 137-161.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HART, H. L. A. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 409-412.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KOZICKI, Katya. *Conflito X Estabilização: comprometendo radicalmente a interpretação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. Florianópolis, 2000. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.
- KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, L. S. (Org.) *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 126-149.
- ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito*. Curitiba, 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.