XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

ANA PAULA MOTTA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Paula Motta Costa; Irineu Francisco Barreto Junior– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-573-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Os encontros nacionais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi) têm se notabilizado como referência na disseminação de pesquisas, que abordam uma gama complexa e diversificada de áreas no âmbito da Ciência Jurídica. Foi o que novamente ocorreu no XXVI Congresso Nacional do Conpedi, realizado em São Luiz do Maranhão, entre 15 e 17 de novembro de 2017.

No Grupo de Trabalho Filosofia do Direito, pesquisadores de todas as regiões do Brasil apresentaram seus estudos e debateram teorias clássicas e contemporâneas dos campos hermenêuticos e interpretativos da norma jurídica. Os estudos apresentados no GT evidenciaram que a Filosofia dos Direito permanece como uma perspectiva imprescindível na construção do saber jurídico contemporâneo. Em suas abordagens epistemológicas os pesquisadores recorreram a teóricos clássicos e contemporâneos, o que, simultaneamente, atualiza e rejuvenesce as possibilidades de interpretação no campo científico.

O artigo inaugural da sessão abordou a Teoria dos Signos na Segunda Escolástica e sua conexão com Teoria do Direito e com a Lógica Deôntica. Em seguida, apenas com o intuito de exemplificar a diversidade dos teóricos nos estudos apresentados, destacam-se pesquisas fundamentadas em Dworkin, Hanna Arendt, Rawls, Alexy, Kelsen, Norberto Bobbio, Émile Durkheim e Michel Foucault, entre outros de igual relevo e alcance analítico. Essa relação de autores demonstra que a Filosofia do Direito não apenas preserva suas referências clássicas, imprescindíveis, mas também se renova e amplia seu alcance ao dialogar com outros campos científicos, como a Sociologia e a Ciência Política.

De outra parte, cabe salientar que também mostrou-se eclética a abordagem de temas específicos, junto aos quais foram apresentadas as possibilidades teóricas hermenêuticas. Na tarde de trabalho, refletiu-se sobre temas como casamento homoafetivo, população em situação de rua, refugiados, transgressão das normas penais e direitos humanos, entre outros. A atualidade temática constituiu-se em locus de reflexão filosófica e de produção de pensamento crítico.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa - UFRGS/UniRitter

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS RESPOSTAS DE WILFRID WALUCHOW ÀS CRÍTICAS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FEITAS POR RONALD DWORKIN

WILFRID WALUCHOW'S ANSWERS TO RONALD DWORKIN'S CRITICS ABOUT JUDICIAL DISCRETION

Yasmin Dolores de Parijos Galende

Resumo

O interpretativismo dworkiniano considera o direito e a moralidade necessariamente vinculados, e objetiva demonstrar que para que aquele permaneça íntegro e coerente os magistrados não podem exercer discricionariedade forte, pensamento este aprimorado na Tese da única resposta correta. Os positivistas reagiram com teses críticas, dentre as quais tem destaque o inclusivismo de Waluchow. Este defende uma conexão contingente entre direito e moral, perceptível sobretudo nos casos difíceis, de modo que a moralidade política esteja inclusa no rol de possíveis fundamentos para as leis positivas válidas e que seja inevitável o uso da discricionariedade forte para a solução de conflitos jurídicos.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial, Ronald dworkin, Wilfrid waluchow, Positivismo inclusivista, Interpretativismo

Abstract/Resumen/Résumé

Dworkin's interpretivism considers that law and morality are necessarily connected and aims to demonstrate that for the law to remain coherent and righteous judges cannot exercise strong discretion, thought that was improved in his One Right Answer Thesis. To this, positivist philosophers reacted with criticism, amongst which Waluchow’s inclusive legal positivism deserves a highlight. He defends a contingent connection between Law and morals, noticeable especially in hard cases, so that political morality is included in the list of Laws’ valid possible grounds, and so that the use of judicial discretion in its strong sense is unavoidable to resolve certain litigation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial discretion, Ronald dworkin, Wilfrid waluchow, Inclusive legal positivism, Interpretivism

1 INTRODUÇÃO

Os estudos da filosofia do direito ocidental acerca da natureza e dos propósitos das normas jurídicas foram tradicionalmente divididos em duas espécies de teorias, adjetivadas conforme o que elas se propunham a realizar. Portanto, há aquelas que intentam apenas descrever o seu objeto de estudo tal qual o é, as chamadas teorias descritivas do direito, e ainda as que visam valorar e prescrever como este objeto deveria ser, ou teorias normativas do direito. Ronald Dworkin em seus escritos iniciou uma nova metodologia para estudar as categorias normativas a partir do enfoque no direito sob a sua melhor luz, isto é, o filósofo do direito passa a identificar os principais conceitos que integram a normatividade e os interpreta sob um ponto de vista que os torne o melhor que eles podem ser, aperfeiçoando a sua análise e aplicação (GUEST, 2004, p. 16-20).

O chamado interpretativismo, assim, é a teoria que compreende o direito enquanto formado por regras, princípios morais e políticas (DWORKIN, 2002, p. 35-36), avaliando a sua aplicação conforme métodos de manutenção da integridade e da coerência com a moralidade política institucional da comunidade em sistemas complexos (DWORKIN, 2001, p. 213-215), bem como do igual respeito e consideração aos direitos individuais enquanto trunfos dos indivíduos em face dos possíveis arbítrios do Estado (DWORKIN, 2002, p. 558-560). Com o desenvolvimento de uma teoria tão rica e complexa, Dworkin pretende alcançar não só a proteção aos direitos individuais, como também a prescrição de um método interpretativo e decisório que vincule a atividade jurisdicional ao não exercício de uma discricionariedade, ou liberdade decisória em sentido forte.

Um dos ápices do interpretativismo dworkiniano está na elaboração da chamada "Tese da única resposta correta", segundo a qual em sistemas jurídicos complexos os juízes que seguem o método decisório segundo os ditames do direito como integridade consegue encontrar no direito previamente existente, dentre as possíveis respostas a serem aplicadas diante de um caso difícil, qual é a que melhor defende os direitos das pessoas em sua comunidade política, e desta forma aplicar a única resposta correta para solucionar o litígio. Essa tese é reconhecida pelo próprio autor como "impopular" (DWORKIN, 2001, p. 175), de sorte que foi alvo de diversas críticas, sobretudo da corrente teórica diretamente criticada por Dworkin: o positivismo jurídico.

Dentre os críticos de maior destaque na literatura contemporânea está o positivista inclusivista Wilfrid Waluchow. Sua teoria do direito intenta superar a mais incisiva crítica de Dworkin, feita de maneira generalizante contra o positivismo jurídico, segundo a qual o direito

positivo seria reduzido apenas a regras e afastado de qualquer perspectiva moral – e Waluchow o faz afirmando que a moralidade possa ter uma relação contingencial com o direito, na medida em que é admissível como um dos possíveis fundamentos para a normatividade positiva.

Nesta toada, o crítico incisivamente ataca a tese da única resposta correta, afirmando que os métodos criados por Dworkin são demasiadamente incoerentes e ilusórios para que possam ser aplicados na prática, como o interpretativista afirma que o são. Desse modo, a prática judicante para Waluchow não pode se desvincular do exercício de uma liberdade decisória em sentido forte – o que ele demonstra a partir da desconstrução dos exemplos levantados pelo próprio interpretativista em suas obras, e da análise dos termos empregados na construção teórica dworkiniana, que podem levam a distintas interpretações que fariam enfraquecer os fundamentos para a tomada de decisões não discricionárias.

Dessa maneira, o presente artigo se propõe a expor primeiramente as bases da teoria de Dworkin, conforme elaboradas em seus três primeiros livros publicados, sobretudo no que concerne à interpretação conforme princípios morais, ao não exercício da discricionariedade judicial em seu sentido forte e ao reconhecimento da existência e alcance de uma única resposta correta pelos magistrados. Em seguida irá analisar os argumentos teóricos elaborados por Waluchow em defesa da relação contingencial entre direito e moralidade, e também as severas críticas em detrimento do interpretativismo dworkiniano e em justificação ao exercício da discricionariedade judicial e da compatibilidade desta com a tradição do positivismo jurídico.

2 A LEITURA DE DWORKIN SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A teoria do direito de Ronald Dworkin em sua gênese tem forte vinculação com os preceitos do pensamento liberal, no entanto o autor critica o desenvolvimento do liberalismo clássico por dizer que este se vincula a um forte utilitarismo moral, e que reduz os direitos das pessoas à prescrição de regras por uma autoridade. Nesse sentido, o interpretativismo que Dworkin escreve intenta primeiro desvincular o direito da prevalência aos interesses de uma maioria em detrimento do aspecto individual, e em razão disso demonstrar que os direitos das pessoas são seus trunfos democráticos e estão além da mera regra positivada.

Dworkin, então, leciona que os indivíduos possuem direitos naturais, no sentido de serem estes preexistentes a qualquer forma de legislação, e que estes direitos podem inclusive servir de fundamento para criticar ações legislativas, logo, como proteções do cidadão ante o poder do Estado (DWORKIN, 2002, p. XIII-XV). Esse é o cerne da tese dos direitos dworkiniana que prevê os direitos individuais enquanto trunfos políticos inegociáveis,

portanto que não podem ser violados em nome de interesses majoritários, ressaltando a força da proteção do indivíduo diante do maior número e rejeitando o utilitarismo moral, e que antecedem a positivação legislativa.

Do ponto de vista normativo, a manifestação desses direitos está em certos princípios jurídicos que complementam o sentido e o alcance das meras regras, o que faz com que existam três tipos de padrões jurídicos observados enquanto componentes de um sistema jurídico: as regras promulgadas pelas autoridades e fontes sociais legítimas, os princípios morais que manifestam exigências de justiça, equidade e moralidade na medida em que representam direitos e objetivos políticos individuados (DWORKIN, 2002, p. 141-147), e as políticas, que por sua vez são objetivos e metas sociais a serem alcançados, portanto direcionamentos políticos ao bem estar coletivo.

Uma vez que o Estado é o promotor da ordem normativa e o protetor dos direitos individuais, o interpretativismo analisa também como ocorre a atuação dos Poderes estatais, em respeito às suas competências e à proteção dos direitos individuais – que deve ser observada como a finalidade principal do liberalismo político. Desta feita, é nítido que a função de promover o objetivo político coletivo compete aos representantes eleitos democraticamente pela população de determinado país, no entanto à esfera judicial cabe o distinto exercício de uma função contramajoritária. Assim, como aos juízes compete proteger os direitos individuais, e tendo em vista que estes são representados em princípios jurídicos, o papel do Judiciário é o de fazer prevalecer a melhor interpretação dos princípios.

Nestes dois aspectos, portanto, reside a discordância categórica de Dworkin com o que ele entende por positivismo jurídico, e aqui ele conclui que em face da necessidade de proteger estes direitos principiológicos e de garantir a tese dos direitos enquanto trunfos, os magistrados não podem se valer de argumentos de política em suas decisões (DWORKIN, 2002, p. 129-130), e não podem igualmente decidir conforme critérios subjetivistas ou que escapem aos argumentos de princípio que lhes são fornecidos pelo alcance interpretativo dos direitos preexistentes. Desta feita, a teoria interpretativista culmina em uma negativa ao exercício do que Dworkin denomina discricionariedade judicial, que seria o grau de liberdade que uma decisão judicial pode alcançar fora dos padrões fornecidos pelo ordenamento normativo.

É primordial entender a análise que Dworkin faz do conceito de discricionariedade. Em primeiro lugar, o interpretativista adota como contexto adequado para o termo “poder discricionário” a situação na qual “alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (DWORKIN, 2002, p. 50). No caso dos magistrados, essa autoridade pode ser compreendida como o ordenamento jurídico.

Vê-se então que o termo ora avaliado é amplo e pode ter pequenas variações de sentido, a depender do contexto empregado e da autoridade analisada, portanto Dworkin distingue três principais sentidos em que a discricionariedade pode ocorrer, dentre os quais há dois sentidos fracos e um sentido forte, sendo assim descritos os dois primeiros:

> Algumas vezes empregamos "poder discricionário" em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos esse sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor (...). Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário (DWORKIN, 2002, p. 51).

Ademais, há ainda um terceiro sentido – ou sentido forte – que é usado quando um funcionário não tem sua decisão limitada pelos padrões de uma autoridade, ou seja, a ordem emitida pela autoridade não direciona a decisão a nenhum parâmetro, deixando o julgador livre para determinar os critérios nos quais fundamentará sua decisão. Aqui se ressalta, no entanto, que a liberdade decisória não exclui os parâmetros de razoabilidade e de análise crítica da fundamentação utilizada, devendo os padrões de racionalidade, equidade e eficácia serem permanentemente observados pelo agente decisor.

Determinados os sentidos dworkinianos de discricionariedade, passa-se à análise do sentido positivista dado ao conceito, segundo Dworkin. Afirmam aqueles jusfilósofos, diz o autor, que quando certa situação não for regida por uma regra preestabelecida, o magistrado deverá decidi-la usando o seu poder discricionário (DWORKIN, 2002, p. 54), mas nos momentos em que a regra positivada é clara, o juiz tem a obrigação de aplicá-la ao caso. Isso para eles estaria associado apenas ao primeiro sentido fraco explicado anteriormente, pois parece dizer que ao aplicar as normas jurídicas os magistrados devem formar seu próprio juízo pessoal sobre o sentido destas, tendo em vista alguns fatores tal qual a textura aberta das regras.

Dworkin analisa, ainda, que os positivistas pensam que sua conceituação de discricionariedade nada tem a ver com a caracterização dos princípios jurídicos, posto que estes são tratados como padrões que não são regras e que, portanto, não seriam jurídicos. Todavia, o interpretativista entende que ao afirmarem que os princípios não impõem obrigações à autoridade julgadora, e que isso dá abertura ao poder discricionário, os positivistas estão na verdade utilizando o sentido forte da discricionariedade previamente explanado, já que afirmar isso é o mesmo que dizer que os padrões impostos pelo ordenamento jurídico não limitam a decisão do funcionário em qualquer parâmetro (DWORKIN, 2002, p. 55).

Portanto, a crítica de Dworkin se volta para o fato de os positivistas adotarem como inevitável o uso do poder discricionário em seu sentido forte, o que não pode ser aceito diante de uma doutrina segundo a qual o direito seria capaz de fornecer todas as respostas necessárias para solucionar litígios complexos, sem recorrer a fontes externas, na medida em que a moralidade é um elemento indissociável das normas, presente nos princípios que manifestam os direitos individuais. Ademais, o autor crê não haver espaço na prática judicante para a aplicação da discricionariedade forte, pois a considera uma postura de criação jurídica, o que seria impossível dentro das funções atribuídas à magistratura na divisão do poder estatal (DWORKIN, 2001, p. 213).

Em defesa de seu argumento, Dworkin desconstrói três possíveis críticas que poderiam ser levantadas por um positivista contra a utilização de princípios no direito. A primeira diz respeito ao fato de os princípios não poderem ser vinculantes ou obrigatórios, isto é, não poderem obrigar uma autoridade jurídica. Para o interpretativista, o que se deve entender por obrigação jurídica não é necessariamente o dever de aplicar o princípio quando este for cabível, mas sim é o dever avaliar os princípios como argumentos jurídicos válidos para solucionar o caso em julgamento (DWORKIN, 2002, p. 56). Desse modo, a consideração dos princípios como argumentos jurídicos não é apenas um "dever moral", tendo em vista que os princípios são obrigatórios no mesmo sentido das regras, eles compõem o conceito de norma, logo, são argumentos de direito que devem ser levados em consideração em um caso concreto.

Em segundo lugar, outra crítica concerne ao argumento de que os padrões morais são incapazes de prescreverem um resultado particular para o caso. Dworkin bem observa que essa crítica é vaga ao usar o termo "prescrever", então ele o entende no sentido de que os princípios não ditam de maneira clara e irrefutável os resultados a serem aplicados. Isso, todavia, é apenas mais uma maneira de dizer que os princípios se diferem das regras e, portanto, não os invalida como argumentos juridicamente válidos.

Finalmente, Dworkin responde aos críticos que dizem que os princípios são demasiadamente controversos, então não poderiam ter a mesma autoridade ou peso de uma regra. De fato, a validade jurídica de um princípio não pode ser questionada da mesma maneira que a de uma regra, porém isso se justifica pelo fato de o princípio ter um conteúdo moral, que depende de uma forma de compreensão partilhada pela comunidade (DWORKIN, 2002, p. 58). É esta compreensão que deve ser alcançada pela autoridade no momento de tomar uma decisão, não um juízo próprio sobre o sentido da norma, seja regra ou princípio, mas sim o melhor sentido possível em relação à adequação que aquela norma tem com a moral política partilhada pela comunidade.

Nesta senda, a teoria da interpretação jurídica de Dworkin se alicerça no princípio da integridade, este que expressa a constante busca pelo aperfeiçoamento moral do direito, mediante um processo decisório dividido em três principais momentos. Segundo o método descrito como de uso pelo juiz mítico Hércules[1], há uma primeira fase pré-interpretativa de análise do arcabouço jurídico preexistente e aplicável ao caso *sub judice*, uma segunda fase interpretativa de busca pelo melhor sentido da norma, quando o julgador encontrará a única resposta correta para o caso em julgamento, sendo esta aquela que mais se adequar à dimensão da moralidade política da sociedade na qual estão inseridas as partes em litígio (DWORKIN, 2001, p. 213-214), e uma terceira fase pós-interpretativa na qual a norma aperfeiçoada será aplicada e o direito poderá ser projetado para casos futuros de acordo com sua compreensão mais coerente e íntegra.

Em se tratando propriamente do alcance da resposta correta, Dworkin analisa que há duas dimensões em que ela pode ser examinada. A primeira é a dimensão da adequação, que se aplica a sistemas jurídicos primitivos, ou não complexos, isto é, que têm pouca variedade de fontes normativas nas quais se pode buscar o sentido próprio da norma em estudo pelo magistrado. Nesses casos, quando o juiz se deparar com duas ou mais respostas igualmente adequadas para solucionar o litígio, dada a escassez de conteúdo investigativo preexistente, seria possível haver um empate entre estas alternativas, logo mais de uma resposta correta. Porém, estes não são os sistemas jurídicos contemporâneos, conforme os descreve Dworkin, pois nossos sistemas atuais possuem grande complexidade de fontes normativas em que o sentido real da norma poderá ser alcançado mediante interpretação. Assim, ante duas alternativas que aparentem ser respostas corretas, o magistrado terá subsídios suficientes para estudar e compreender, após longa reflexão, qual o melhor sentido da norma jurídica.

Em nossos sistemas complexos, portanto, há um elemento fundamental que aponta para o sentido normativo que traz o direito à sua melhor luz – a resposta mais aperfeiçoada será aquela que melhor se adequar à dimensão da moralidade política da comunidade em que o juiz está inserido, significando que a única resposta correta será aquela que melhor proteger os direitos individuais dos cidadãos naquele determinado contexto histórico e social. Uma vez que o ordenamento jurídico contém a moralidade política na forma dos seus princípios, objetivos individuados preexistentes à própria legislação, será o próprio direito a fornecer a solução do caso ao magistrado, que após o rigoroso exercício interpretativo poderá

[1] O juiz Hércules criado pelo imaginário do autor é "um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" que "aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal (...)", em obediência aos preceitos do direito como integridade e da coerência institucional do direito. DWORKIN, 2002, p. 165.

compreender e aplicar o direito sob a sua melhor luz moral.

Com a descrição dessa metodologia, Dworkin não pretende negar que haja discussão e divergência entre os juristas acerca de qual seja o melhor sentido da norma ou do direito[2], mesmo porque para Dworkin o direito e a democracia só existem e funcionam em razão da existência de controvérsias, e não pretende dizer que de alguma forma a resposta correta seja óbvia, ou que não haja no processo interpretativo argumentos complexos a serem considerados pelo juiz[3]. Ele almeja tão somente afirmar que os juízes humanos e reais aplicam o método de Hércules em suas decisões, e com isso estão impedidos de decidirem sem quaisquer parâmetros limitadores – portanto não exercem a discricionariedade em sentido forte, e assim protegem os direitos individuais de seus arbítrios, sendo esta mais uma forma de fazer jus ao objetivo do liberalismo político e de respeitar a ordem democrática.

3 DEFESA DO POSITIVISMO INCLUSIVISTA E A REFUTAÇÃO DAS TESES DWORKINIANAS POR WALUCHOW

Primordialmente, para situar o diálogo ora analisado, é importante estabelecer que ao tratar da teoria de Dworkin, a quem critica diretamente, Waluchow considera aquele como um teórico vinculado ao pensamento do direito natural[4], isso porque o interpretativista afirma a existência de um direito axiológico implícito em um direito positivo, este último explicitado nas regras jurídicas, e essa relação resultaria em uma conexão necessária entre o direito a moralidade, já que a lei moral precisa de um meio para se externalizar e encontra este meio nos princípios normativos positivados no ordenamento jurídico (WALUCHOW, 2007, p. 18).

No entanto, em sua obra *Positivismo Jurídico Incluyente* Waluchow analisa que a pretensão de Dworkin no sentido de superar o que este entende como sendo o positivismo jurídico – um sistema composto unicamente por regras positivadas pelas fontes sociais legítimas e reconhecidas por um teste comum de *pedigree* – não obtêm êxito por se basear em

[2] "É perfeitamente verdadeiro que, em alguns casos, a decisão de Hércules a propósito do conteúdo dessa moralidade comunitária - e, portanto, sua decisão sobre os direitos jurídicos - será passível de controvérsia. Assim será toda vez que a história institucional tiver que ser justificada mediante o recurso a algum conceito político contestado, como a equidade, a liberalidade ou a igualdade" DWORKIN, 2002, p. 198.

[3] "(...) é tão tolo quanto arrogante pretender que exista, de algum modo latente na controvérsia, uma única resposta certa. E mais sensato e realista admitir que, embora algumas respostas possam estar evidentemente erradas (...) existe ainda assim um conjunto de respostas e de argumentos que devemos reconhecer, desde qualquer ponto de vista objetivo ou neutro, como igualmente bons". Idem, ibid, p. 429.

[4] A exatidão da compreensão do autor acerca do que representam as teorias ligadas ao direito natural não será objeto de discussão deste artigo, mas fato é que Dworkin discorda da vinculação de sua teoria ao jusnaturalismo, por não associar esta corrente à perspectiva descritiva que também adota em seu interpretativismo, concomitante à prescrição do método decisório de Hércules.

uma visão equivocada do que seja o positivismo e de todas as possibilidades de sua composição teórica. Assim, sendo um positivista inclusivista, Waluchow defenderá que é possível sustentar uma aproximação entre as regras positivas e os preceitos de moralidade em um mesmo conceito normativo, e manter-se ainda dentro da tradição positivista.

Para cumprir este objetivo, em um capítulo de sua obra chamado "Discreción y teoría jurídica", o positivista inclusivista inicia sua defesa com a análise de dois argumentos que intentam comprovar a inconsistência em associar o positivismo com testes de moralidade, ambos estes argumentos apelando para a noção de discricionariedade. O primeiro argumento se desenvolve no sentido de que para o positivismo jurídico clássico, ou no sentido em que este comumente é mais conhecido[5], um argumento baseado em princípios de moralidade política sempre haveria de ser discricionário e criador de novo direito, portanto seria incoerente dizer que uma corrente inclusivista segundo a qual nem toda decisão pautada em argumentos morais será discricionária, possa realmente ser considerada como uma teoria positivista do direito (WALUCHOW, 2007, p. 206-208).

Visando a melhor compreensão desse chamado "argumento da discricionariedade", o inclusivista analisa então o conceito de discricionariedade judicial a partir da significação estabelecida no debate entre Dworkin e o seu professor Hart sobre este termo, e com isso visará responder se a apelação a valores morais será sempre e necessariamente criação de novo direito ou se pode ser considerada uma determinação válida do direito existente. Conforme leciona Hart (2007, p. 140-149) as regras jurídicas, identificadas pela regra secundária de reconhecimento, são compostas a partir da linguagem cotidiana, o que lhes confere certa textura aberta que permite a sua melhor adequação às situações e conflitos presente na realidade concreta.

Nesse sentido, porém, a própria linguagem é repleta de obscuridades, contradições e ambiguidades, então o sentido normativo igualmente acabará sendo, em certos casos, indeterminado e de difícil compreensão pelo seu intérprete. Essa distinção é a mesma que para Dworkin separa os casos fáceis "nos quais o direito está estabelecido e o juiz é obrigado a decidir segundo os ditames da lei" (DWORKIN, 2001, p. 553) dos casos difíceis, onde reside propriamente o exercício maior ou menor da liberdade decisória do intérprete[6]. Então, ao se

[5] A definição de positivismo contida neste argumento se coaduna com a descrição caricatural feita por Dworkin.
[6] Sobre este assunto há certa divergência na doutrina, pois enquanto a diferença entre casos fáceis e difíceis para Dworkin está centrada em que nos segundos o juiz tem liberdade para exercer a discricionariedade forte, para Hart a distinção é que nos casos fáceis o alcance da "zona de foco" da norma permite uma interpretação mais simples da regra, enquanto nos casos difíceis a "zona de penumbra" do sentido normativo possibilita o exercício de uma interpretação mais livre dentre as múltiplas possibilidades discricionárias de significação da norma – e a escolha por um sentido será chamada decisionismo. Para fins explanatórios, aqui se adota a conceituação de Dworkin.

deparar com uma indeterminação típica de um caso difícil, o juiz possuirá uma multiplicidade de alternativas decisórias, não obrigatórias, mas possíveis, e a isto se chama discricionariedade.

De tal modo, a textura aberta das normas descrita por Hart faz com que o direito seja parcialmente indeterminado ou incompleto (HART, 2007, p. 335-336), e assim se torna inevitável o preenchimento das lacunas normativas pelo exercício decisionista e discricionário do poder judicante. Isso significa que eventualmente o magistrado estará autorizado a atuar como um legislador consciencioso, de modo a criar um novo direito a ser aplicado na solução do caso difícil, não promovendo reformas legislativas, mas apenas agindo intersticialmente dentro de parâmetros sujeitos a constrangimentos substantivos e aos ditames da razoabilidade e da racionalidade.

Dworkin, como visto, discorda desse posicionamento e crê que a discricionariedade deve sempre ser evitada pelos julgadores. Na análise de Waluchow, a afirmação do interpretativista se dá em razão da existência para este de três sentidos do termo discricionariedade: dois sentidos fracos e um sentido forte. O primeiro sentido fraco existe quando os termos a serem aplicados por um funcionário público não podem sê-lo feitos mecanicamente, posto que precisam de uma leve análise de juízo pessoal. O segundo sentido fraco, por sua vez, ocorre quando a decisão tomada por um funcionário tenha sido feita em última instância ou não possa ser modificada ou invalidada por quaisquer outras decisões. Quanto a estes dois sentidos não há maiores problemas, portanto, sua existência é aceitável.

Entretanto, Dworkin enxerga dificuldades quando os positivistas dizem aceitar e desejar a discricionariedade compreendida no seu terceiro sentido – o sentido forte. Este sentido é aquele no qual, de modo amplo, não haveria limites para a tomada de decisão pelo funcionário público, podendo este livremente criar direito novo. Todavia, Waluchow entende que o outro não foi suficientemente claro ao tratar da discricionariedade forte, abrindo margem para duas possíveis interpretações completamente distintas, e uma delas bastante problemática.

Dworkin alega em sua descrição que quando um funcionário recebe uma ordem que *se propõe* a controlar sua decisão, ele não possuirá discricionariedade forte, porém no mesmo momento Dworkin também afirma que o poder discricionário forte ocorre quando a decisão do funcionário *não está controlada* pelas pautas de uma autoridade superior, no caso, o ordenamento jurídico (WALUCHOW, 2007, p. 212). Ao usar alternativamente os termos "controlar" e "se propor a controlar" Dworkin não consegue elucidar se, afinal, para que não haja discricionariedade em sentido forte é suficiente que as pautas do ordenamento se proponham a controlar a decisão do magistrado, ou se é preciso que elas de fato a controlem.

O crítico (WALUCHOW, 2007, p. 212-213) ressalta a diferença entre os dois termos no seguinte sentido: "controlar" uma decisão significa que a ordem dada pela autoridade é irresistível ao funcionário, de modo que ele tem a obrigação de obedecê-la sempre que for aplicável ao caso, posto que ela determina a existência de uma única decisão a ser tomada, ou resposta a ser encontrada. Por outro lado, "se propor a controlar" uma decisão quer dizer que a ordem possui uma força institucional relevante, portanto o funcionário tem a responsabilidade de segui-la, no entanto tal ordem apenas pressupõe que exista uma única decisão a ser tomada e pretende isolá-la no cerco de possibilidades decisórias.

Nesta senda, vê-se que uma ordem que se proponha a controlar uma decisão pode não lograr êxito em fazê-lo por completo, de modo que há distinção factual entre os dois termos. Nesta senda, Waluchow passa à comprovação de que Dworkin[7] na verdade afirma em sua teoria que para que não haja discricionariedade forte basta que a ordem *se proponha* a controlar a decisão do juiz, comprovação esta tendo por base a análise dos esforços do interpretativista em enfrentar os problemas decorrentes de tal proposição. Assim, diante da situação em que uma pauta que se propõe a controlar uma decisão efetivamente não consegue controlá-la, Waluchow diz que para Dworkin o fato essencial não é esta efetivação, mas sim se o agente decisor está ou não autorizado a supor que a ordem não controla sua decisão e que, portanto, ele poderia decidir conforme suas próprias convicções.

Na leitura de Waluchow, porém, ocorre que para Dworkin as decisões são guiadas pelas chamadas regras básicas da adjudicação, regras estas que pressupõem que sempre haverá uma só resposta correta para o caso e que, por isso, impõem aos juízes a responsabilidade institucional de encontrarem essa resposta fornecida pela pauta autoritária, retirando assim a sua discricionariedade. Dessa maneira, o agente decisor não estaria autorizado a supor que em algum momento sua decisão não esteja controlada, logo ele não poderia decidir conforme suas próprias convicções, e deveria sempre buscar seguir a interpretação que lhes é dada pelas pautas do ordenamento jurídico (WALUCHOW, 2007, p. 216-217).

Então, infere-se que para Dworkin o agente decisor nunca deve supor que sua decisão não está controlada, logo, deve agir sempre segundo a convicção de que sua decisão está completamente controlada pela ordem recebida. Todavia, uma análise cautelosa faz perceber

[7] Os críticos de Waluchow destacam que este poderia ter se equivocado ao atribuir tal conceituação de "controle" das decisões judiciais a Dworkin, pois dizem que para o pós-positivista a questão de se uma decisão está controlada independe de se há apenas uma única resposta correta. Todavia, Waluchow insiste na afirmação de que em Dworkin o principal é compreender se o juiz está autorizado a supor a ausência de controle – o que não está – e isso explica a maneira com que Dworkin alterna entre os dois termos despreocupadamente, já que quando uma pauta se propõe a controlar uma decisão o julgador já não possui discricionariedade forte, pois mesmo se o controle não for efetivado as regras de adjudicação impõem que este aja como se estivesse controlado e como se as pautas lhe indicassem apenas uma resposta correta. WALUCHOW, 2007, p. 220-221.

que mesmo após longa reflexão é possível que o julgador se depare com uma situação que não possa ser resolvida pela ordem recebida, posto que esta pauta não pareça apontar para ou isolar uma única resposta correta. Mesmo nesse caso, para Dworkin, não seria permitido ao juiz supor a falta de controle de sua decisão e assim determinar seus próprios parâmetros, mas essa proibição perde sua força e sentido quando compreendemos ser inviável para os juízes permanecerem na busca de uma resposta que sabem ser inexistente.

Waluchow (2007, p. 218) destaca que Dworkin não está alheio a esta problemática. Este de fato afirma que a resposta correta é aquela proveniente da melhor interpretação possível do direito, e ao dizer isto ele não nega que possa ocorrer situações em que duas ou mais interpretações construtivas sejam igualmente boas ou corretas. Porém este restringe a possibilidade de empate interpretativo a sistemas jurídicos primitivos, que tenham um arcabouço pré-interpretativo precário a ser analisado pelo magistrado, de modo que em um sistema jurídico moderno, mais complexo e diversificado em suas fontes, a probabilidade de ocorrer tal empate é irrisória, sendo o mais usual que os juízes consigam concluir que uma das possibilidades decisórias será moralmente mais aperfeiçoada do que as demais e, assim, será a resposta correta (DWORKIN, 2001, p. 213).

Isso, na interpretação de Waluchow, significa também dizer que diante de um sistema jurídico complexo um magistrado não estaria em posição de cogitar que sua decisão não esteja controlada por tal vasta gama de fontes normativas, então jamais agiria com discricionariedade forte. Notadamente daí se extraem dois problemas: primeiro, que não é óbvia a afirmação de que os juízes sempre agirão com a certeza de estarem sendo controlados em suas decisões, e a existência da mera possibilidade lógica de que um julgador possua o conhecimento de que sua decisão não esteja completamente controlada e não haja apenas uma única resposta já é o suficiente para duvidar da tese dworkiniana.

E, segundo, que esta interpretação dworkiniana tem a pretensão de ser um enunciado geral sobre a discricionariedade e poder judicial, logo, não deveria se aplicar apenas a juízes localizados em sistemas jurídicos complexos, mas sim a todas as situações em que haja um indivíduo com a responsabilidade de tomar uma decisão sujeita a regras de uma autoridade. Não é o ideal, então, que a proposição de Dworkin fique restrita a uma figura de autoridade presente em um sistema normativo com características próprias de complexidade dos seus conceitos, o que novamente enfraquece a construção dworkiniana (WALUCHOW, 2007, p. 219-220).

Ademais, dentro do próprio sistema complexo a tarefa de decidir envolve uma análise altamente complexa sobre moralidade política, história institucional, conceitos controvertidos,

e diante de tudo isso pode ser que mesmo os maiores esforços interpretativos de um julgador venham a se tornar infrutíferos em relação ao alcance de uma única resposta correta. Então, parece mais razoável aceitar que o julgador abandone os esforços míticos de um juiz Hércules na busca por uma resposta que ele sequer acredita que exista, e em vez disso exerça um poder discricionário para eleger uma decisão que ele considere razoável à luz dos objetivos e propósitos sociais que ele analisar relevantes e defensáveis no caso concreto.

3.1 A DEFESA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Segundo Waluchow é difícil explicar nos termos de Dworkin a situação na qual a pauta do ordenamento não consegue apontar uma só resposta correta e o julgador está ciente desse fato. Parece desonesto pensar que o magistrado permanecerá nesta incessante busca, já que não está autorizado a decidir conforme seus próprios parâmetros de razoabilidade, e o direito sempre seria capaz de prover as respostas necessárias. Dessa forma, o crítico (WALUCHOW, 2007, p. 221) entende por mais razoável admitir que o juiz tem nesses casos a discricionariedade em sentido forte.

Assim, ao concluir pela falibilidade da proposição segundo a qual basta que uma pauta se proponha a controlar uma decisão para que não haja discricionariedade forte, Waluchow opta por aceitar a proposição oposta, segundo a qual a discricionariedade em seu sentido forte não existirá quando a decisão estiver efetivamente controlada pelas pautas de autoridade, portanto quando tais pautas não forem capazes de apontar a resposta correta para a decisão, o julgador contará com o exercício do poder discricionário para decidir.

Nesse momento Waluchow refuta o argumento crítico segundo o qual as questões sobre se há uma única resposta correta e se o juiz possui ou não discricionariedade forte (WALUCHOW, 2007, p. 220-224) seriam independentes entre si. Dizem os críticos ora mencionados que o principal interesse de Dworkin não era demonstrar que sempre haverá uma resposta correta para todos os casos jurídicos, mas sim que a partir dessa ideia é possível comprovar que os magistrados não poderão criar direito para solucionar um litígio e, portanto, a teoria positivista está equivocada em defender o uso da discricionariedade forte.

Waluchow insiste, porém, em questionar os motivos pelos quais Dworkin defenderia tão arduamente a existência de uma só resposta correta, senão para comprovar este mesmo fato. Por exemplo, diante de um caso difícil que envolva matéria constitucional, Dworkin defenderia que a complexidade moral de cada um dos conceitos envolvidos no litígio faria quase impossível um empate entre alternativas decisórias, posto que ainda diante de uma dúvida, se

um juiz pensasse durante certo tempo e com suficiente rigor, ele encontraria dentre as possibilidades uma que se destacaria por seu aperfeiçoamento moral, e que seria a resposta correta, fornecida pelo próprio direito.

Entretanto, para Waluchow essa reflexão leva à conclusão em sentido contrário: quanto maior a complexidade do sistema jurídico e dos conceitos analisados em um caso, maiores serão as possibilidades de empate entre duas ou mais alternativas coerentes, e nesse caso o juiz exercerá sua "prerrogativa soberana de eleição" entre tais respostas, segundo critérios próprios, tendo em vista que cada juiz, na prática, faz uso de critérios de escolha distintos (WALUCHOW, 2007, p. 224).

Isso implica na ideia de que quando uma pauta autoritária – como um ordenamento jurídico complexo – não consegue apontar uma única resposta correta, portanto não controlando completamente a decisão judicial, os juízes em verdade realizarão um exercício de escolha, conforme critérios de racionalidade próprios, portanto exercendo uma discricionariedade em sentido forte. Assim, a conclusão de Waluchow está em consonância com a defesa do positivismo jurídico hartiano quando ele afirma que a discricionariedade é capaz de conferir razoabilidade às decisões judiciais, nos seguintes termos:

> Si los jueces, a veces, tuvieran la discreción para decidir de una manera razonable no determinada por el derecho, y supieran o creyeran razonablemente que la tienen, entonces podrían estar más inclinados a responder racional e imparcialmente a las cuestiones que el derecho deja abiertas, en lugar de tratar siempre de encontrar lo que, a menudo, resultarían ser soluciones jurídicas forzadas[8] (WALUCHOW, 2007, p. 225).

Diante disso, resta ainda a questão sobre a afirmação dworkiniana de que é inevitável que o magistrado conclua que há apenas uma resposta correta após um rigoroso tempo de reflexão. Ao lidarmos, na prática, com juízes humanos é razoável crer na possibilidade de que em um caso difícil tal julgador não creia que exista uma única resposta certa, ou mesmo que ele chegue a uma ou mais respostas possivelmente certas, mas não tenha elementos que lhe convençam que alguma delas é a solução que ele procurava.

Waluchow problematiza a afirmação ora tratada dizendo que um juiz não poderia aceitar uma resposta que ele crê que não exista, do mesmo modo que não poderia aceitar uma resposta que ele sabe que não existe. Assim, tanto no caso de não haver a crença na existência da resposta certa quanto na situação em que a decisão não está completamente controlada, o juiz estaria

[8] "Se os juízes por vezes tivessem a discricionariedade para decidir de uma maneira razoável e não determinada pelo direito, e soubessem ou acreditassem razoavelmente que a tinham, então poderiam estar mais inclinados a responder racional e imparcialmente às questões que o direito deixa abertas, em vez de buscar sempre encontrar aquilo que frequentemente resultaria em soluções jurídicas forçadas" (Tradução livre).

autorizado a decidir da mesma maneira: recorrendo ao seu poder de escolha discricionário (WALUCHOW, 2007, p. 225-226).

Há, ainda, outra possível objeção ao seu pensamento apontada por Waluchow, no seguinte sentido: sua proposição implicaria em que se houvesse respostas corretas, então não haveria discricionariedade, desta feita seria mais realista dizer que as respostas certas possuem pouca significância prática, já que é improvável que sejam descobertas, logo, a discricionariedade forte existe de qualquer modo, independentemente da existência ou não de respostas certas. Para o inclusivista, essa afirmação advém de uma confusão entre duas outras proposições: "D1: S *posee discreción fuerte en el caso* X *y* D2: S *ejerce discreción fuerte (o juicio discricional fuerte) en el caso* X"[9].

A proposição D1, em conjunto com a proposição anterior acerca do efetivo controle de uma decisão, leva a concluir que o fato de o julgador possuir ou não discricionariedade independe de sua crença acerca da existência de uma resposta correta, mas depende de se factualmente existe tal resposta, pois a primeira proposição descreve a relação de S com a pauta autoritária, que não consegue controlar sua decisão efetivamente, já que não consegue indicar uma única resposta. Então, essa interpretação apenas indica que a decisão de S não está completamente controlada.

Já a mesma análise sobre o controle da decisão voltada para a proposição D2 é logicamente independente do fato de existir ou não uma resposta correta, mas depende de se o julgador crê que tal resposta exista e se ele crê que se trate de uma única resposta em particular, posto que o conceito de discricionariedade aqui não é usado para descrever a relação do julgador com as pautas autoritárias – como no caso anterior – mas sim para descrever o tipo de decisão que S tomou, isto é, para dizer que ele decidiu conforme deveria decidir caso possuísse discricionariedade forte.

Assim, segundo D2, o julgador do caso não acreditou ter encontrado uma resposta correta, então decidiu conforme sua discricionariedade. Isso parece levar a um paradoxo: S não poderia apenas exercer um poder discricionário que possuísse? Waluchow não entende dessa forma, e exemplifica com a situação na qual um agente decisor não creia na resposta certa e decida discricionariamente, mas ele tenha se equivocado e deixou de aplicar o que de fato era a resposta certa para o caso. Mesmo em tal situação é impossível negar que ocorreu o exercício de um poder discricionário em seu sentido forte, ainda que de maneira equivocada. Portanto, Waluchow conclui que a discricionariedade em seu sentido forte é utilizada inevitavelmente

[9] "D1: S possui discricionariedade forte no caso X, e D2: S exerce a sua discricionariedade forte (ou poder discricionário em sentido forte) no caso X" (Tradução livre). WALUCHOW, 2007, p. 226.

pelos juízes, sendo irrazoável negar que ela possa ocorrer.

Nesta senda, para pôr fim à controvérsia, o mais correto de acordo com Waluchow seria afirmar que "o julgador S exerce a sua discricionariedade forte no caso X", pois assim se poderia comprovar que a) a decisão de S não estava completamente controlada, b) S possui a discricionariedade em sentido forte e c) S exerceu no caso o seu poder discricionário forte, consolidando o argumento do inclusivista em favor do uso da discricionariedade judicial (WALUCHOW, 2007, p. 227-228).

3.2 DISCRICIONARIEDADE E O POSITIVISMO INCLUSIVISTA

Concluindo o argumento em defesa da discricionariedade, Waluchow demonstra como tal construção teórica pode ser compatível com o positivismo jurídico inclusivista, sem que isso incorra em uma contradição interna. Como visto, para o positivismo clássico qualquer decisão judicial que apele a *standards* de moral política é necessariamente discricionária, pois utiliza recursos que estariam para além das pautas que possuem força jurídica para os juízes. A tese sobre a adjudicação atribuída aos positivistas é assim descrita por Waluchow:

> TA: Los casos jurídicos pueden ser divididos en dos grupos: 1) casos fáciles o de manual de texto, en los que una única respuesta correcta se deriva de manera clara y no controvertida de lo que es de manera clara y no controvertida derecho válido; y 2) todos los otros casos, los casos difíciles, en los cuales el ejercicio de discreción fuerte es necesario debido a que el derecho existente se agota sin lograr proporcionar una respuesta[10] (WALUCHOW, 2007, p. 236).

De acordo com o inclusivista, essa tese infere que a fundamentação com base em princípios da moral política, naturalmente controversos, levará à necessidade da discricionariedade forte, não por serem estes princípios de moral, mas sobretudo por possuírem uma aplicação controvertida. O positivismo se baseia no que Waluchow (2007, p. 236-237) entende como "uma versão do Argumento da Função". Este argumento diz que para os positivistas a função primordial dos sistemas jurídicos é resolver determinados problemas sobre como as pessoas devem se comportar e quando o poder público deve ter ingerência sobre suas ações.

[10] "TA: Os casos jurídicos podem ser divididos em dois grupos: 1) casos fáceis ou de manual de texto, nos quais a única resposta correta deriva de maneira clara e não controversa daquilo que é de maneira igualmente clara e não controversa o direito válido; e 2) todos os outros casos, os casos difíceis, nos quais o exercício da discricionariedade forte é necessário em razão de que o direito existente se esgota sem conseguir proporcionar uma resposta" (Tradução livre).

Desse modo, as leis são o mecanismo autoritário que resolvem tais conflitos, devendo para tanto serem claras em seu sentido e de fácil aplicação. Assim, questões que tratam de incertezas e obscuridades sobre o conteúdo de uma lei – como a decisão em um caso difícil – não podem gerar decisões sobre o que requer o direito, e estando fora do seu âmbito de controle, são discricionárias em sentido forte.

Esse argumento é desde sua origem falho, segundo a análise de Waluchow, pois ele entende que ainda se considerássemos nesse contexto que a função de um sistema jurídico é aquela supramencionada, não há como dizermos com a mesma certeza que esta também é a função das leis individuais. É falacioso concluir que a função do sistema como um todo se estende a cada um de seus elementos particulares, de modo que uma teoria como o positivismo inclusivista, que em certos casos aceita que a aplicação de uma lei dependa de fatores morais, seja excluída do rol de teorias positivistas do direito.

A título de exemplo, em um sistema jurídico guiado por uma Constituição Federal que preveja a validade de critérios morais para o reconhecimento de leis válidas, não se poderá inferir que toda atividade jurisdicional e legislativa será indeterminada apenas por se fazer referência à moral política como critério de validação, sendo um erro exagerar na atribuição de indeterminação aos fatores de moralidade. Diante de um caso concreto neste sistema ora analisado, um juiz que fizer referência aos critérios constitucionais pode não estar agindo de maneira discricionária em sentido forte, pois adotou uma interpretação constitucional plausível e coerente com o sistema em apreço, dotada de determinação suficiente para solucionar conflitos jurídicos (WALUCHOW, 2007, p. 238).

Nesse momento, o inclusivista chega a concordar com uma afirmação de Dworkin quando este diz que "la falta de claridad, certeza y acuerdo en los casos de penumbra, difíciles (...) sólo implica que en aquellos casos no se puede arribar a las decisiones mecánica o fácilmente, sino que se requiere el uso del propio juicio, *i. e* discreción débil"[11], isso para afirmar que o positivismo jurídico não pode se reduzir à tese de adjudicação TA.

Subsiste ainda, porém, a principal divergência entre os dois teóricos aqui estudados: para Waluchow os juízes podem sim exercer a discricionariedade em seu sentido forte, ainda que nem todos os casos em que a moral política seja usada como fundamento recorram necessariamente ao poder discricionário. Para Waluchow, se os juízes reais aplicarem o método decisório de Hércules em seus julgamentos, eles acabariam com uma tarefa tão complexa e

[11] "A falta de clareza, certeza e acordo nos casos de penumbra, difíceis, apenas implica em que nestes casos não se pode chegar às decisões mecânica ou facilmente, mas isso requer o uso de um juízo próprio, isto é, a discricionariedade fraca" (Tradução livre). DWORKIN *apud* WALUCHOW, 2007, p. 239.

desconcertante que acabariam por reconhecer a impossibilidade de encontrar uma resposta correta e recorreriam ao juízo discricionário forte para encontrar uma solução.

Assim, os juízes reais acabam decidindo com base não em pautas que exerçam força institucional sobre suas decisões, mas em parâmetros que considerem razoáveis de serem aplicados, tornando inevitável o uso da discricionariedade forte para solucionar casos difíceis (WALUCHOW, 2007, p. 240-241). Portanto, o positivismo jurídico inclusivista não só conclui com êxito seus intentos de demonstrar a inevitabilidade do uso da discricionariedade forte, como também mostra que testes morais podem também prover respostas corretas e não controversas a casos difíceis, não sendo necessário recorrer ao juízo discricionário sempre que a moral estiver presente, o que torna o positivismo inclusivo uma teoria coerente e válida sobre o direito positivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Waluchow objetivou analisar dois pontos principais no capítulo estudado no presente artigo, primeiro o de que o positivismo jurídico é compatível com uma aceitação da moralidade dentre seus critérios de validade jurídica, e o segundo ponto de que a aceitação da moral enquanto fundamento do direito não implica que sempre que se fizer menção a ela na interpretação judicante se incorrerá no exercício de uma discricionariedade forte, ao mesmo tempo em que a sua aceitação também não exclui o exercício de dita discricionariedade, fato pelo qual a descrição de Dworkin sobre este fenômeno está equivocada ao afirmar tanto que o positivismo é incompatível com a moralidade, quanto que a inclusão dos princípios morais no conceito de norma exclui a atuação discricionária e faz os juízes seguirem o método interpretativo de Hércules na busca pela única resposta correta.

Assim sendo, ao analisar o primeiro ponto, temos que na lição de Kenneth Himma (2014, p. 355), as teorias positivistas do direito são caracterizadas pela aceitação de três principais teses: a Tese Social, a Tese da Convencionalidade e a Tese da Separabilidade. Os modos de acatar os fundamentos de cada uma dessas teses é o que diferencia os positivistas tradicionalmente em exclusivistas ou inclusivistas. Desta feita, a primeira tese é aquela segundo a qual o direito é em essência uma criação social, portanto o que distingue uma norma jurídica de uma não jurídica é a relação daquela com algum fato social, que pode variar desde a vontade de um soberano até a existência de uma regra secundária de reconhecimento das normas

jurídicas e criadora de instituições que possibilitem a existência de normas válidas[12].

A segunda tese fundamental do positivismo afirma que não só as normas advêm de um fato social, mas também a sua validade decorre da aceitação e cumprimento dessa regra pelas pessoas e pelos funcionários que formam a comunidade social e jurídica (HIMMA, 2014, p. 356-373). Essas duas versões são usualmente aceitas pelos estudiosos da doutrina hartiana do positivismo, dentre os quais se inclui Waluchow, coadunando assim com o positivismo jurídico clássico. A diferença substancial de seu positivismo inclusivista, no que concerne ao enfoque deste trabalho, está, portanto, na terceira tese que concerne à separabilidade entre o direito e a moralidade.

Essa tese pode ser interpretada no sentido de que qualquer menção a considerações morais ao se definir conceitos de direito e validade seria incompatível com o positivismo jurídico – o que forma o pensamento exclusivista – mas sua interpretação mais fidedigna é no sentido de afirmar que seria conceitualmente possível existir um sistema jurídico no qual a validade das normas é conferida exclusivamente por critérios de fonte e *pedigree*, sem depender de seus méritos morais (HIMMA, 2014, p. 373-374). Assim, ao incluir os critérios morais como possíveis fundamentos de validade no âmbito da convenção social de reconhecimento das normas jurídicas, Waluchow recebeu críticas no sentido de estar se afastando dos preceitos fundamentais do positivismo.

A resposta de Hart ao problema da moralidade foi aceitar a chamada Tese da Incorporação, segundo a qual juízes utilizam critérios morais como fundamentos decisórios, mas ao fazerem estão usando elementos que não possuem o mesmo conteúdo objetivo das regras jurídicas, portanto são uma base de conteúdo extrajurídica – o que implica que ao usarem da moralidade os magistrados estão legislando e não apenas julgando, logo, estão exercendo uma discricionariedade criativa, conforme o seu melhor entendimento da moralidade e da razoabilidade. Como visto, Waluchow nega essa perspectiva e afirma que recorrer à moral nem sempre implica nesse exercício extrajurídico, pois uma regra de reconhecimento constitucional pode perfeitamente aceitar critérios morais de validade e ao utilizá-los o juiz estaria aplicando simplesmente o próprio direito, portanto isso não viola o fundamento do positivismo.

Nesse mesmo sentido, Waluchow ainda rechaça o entendimento errôneo de Dworkin no sentido de que para o positivismo usar da moralidade é criar direito novo, interpretação esta meramente caricatural, que não se aplica nem ao pensamento de Hart e nem ao positivismo em geral. A tese da separabilidade não pressupõe uma separação ontológica completa entre direito

[12] HART, Herbert. Op. Cit. Em relação a Austin e a referência à vontade de um soberano vide, p. 59-87. Quanto à análise defendida por Hart sobre as regras secundárias e o reconhecimento e validade social, vide p. 88-135.

e moral, mas na verdade examina a possibilidade de haver um sistema jurídico que exclua a moral do seu âmbito de validade, mas deixa em aberto a questão sobre a existência de um tal sistema jurídico que aceite a moralidade em seu reconhecimento. Desta feita, afirmar uma possível exclusão da moral não significa afirmar que não haja sua possível inclusão, o que torna o pensamento inclusivista perfeitamente cabível nos fundamentos do positivismo clássico, que apenas fora mal interpretado por muitos de seus críticos, inclusive Dworkin.

Finalmente, uma vez compreendido que a utilização de critérios morais pelo magistrado pode se coadunar com o pensamento positivista, Waluchow, assim, afasta também as principais bases do interpretativismo dworkiniano no que concerne ao método decisório que se propõe a ser uma superação de um positivismo jurídico que existe apenas no imaginário do autor. Acreditar que a inclusão de princípios morais no direito leva à existência de uma única resposta correta nos conformes da moralidade política comunitária, e consequentemente a um exercício interpretativo incansável por parte dos juízes na busca dessa resposta, é inverossímil enquanto descrição de um sistema normativo jurídico. As forças institucionais e convencionais do direito não exercem total controle sobre a decisão judicial, de sorte que eventualmente serão adotados parâmetros decisórios mais amplos sobre o sentido normativo, sendo assim inevitável o uso de uma maior liberdade interpretativa, e a Hércules restando o papel de ser um fantasioso modelo prescritivo de procura por uma resposta que se crê preexistir, mas que é realmente criada.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEROA, Rodolfo. **Dworkin, respuestas correctas y decisiones judiciales**. Revista de ciencias sociales, nº 38, 1993: 259.

GUEST, Stephen; GEAREY, Adam; PENNER, James; MORRISON, Wayne. **Jurisprudence and Legal Theory**. Publications Office, The External Programme. University of London, 2004.

_____. **O Conceito de Direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HIMMA, Kenneth Einar. **Positivismo Jurídico Incluyente** (Inclusive Legal Positivism). April 21, 2014. In: Anuario de Filosofia y Teoría del Derecho, No. 8, p. 352-430, December 2014. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2427418>. Acesso em junho/2017.

IGLESIS, Marcelo Montero. **¿De la "discrecion judicial" a la "respuesta correcta"?.** Revista de ciencias sociales, nº 38, 1993: 241.

KAR, Robin Bradley. **Hart's Response to Exclusive Legal Positivism**. Georgetown Law Journal, Vol. 95, p. 393-461, 2007. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=961643>. Acesso em junho/2017.

MANERO, Juan Ruiz. **Jurisdiccion y Normas**: Dos estúdios sobre función jurisdiccional y teoria del Derecho. Madrid, 1990.

VILA, Marisa Iglesias. **El problema de la discreción judicial**. Una aproximación al conocimiento jurídico. Madrid: Centro de estúdios políticos e constitucionales, 1999.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales S.A, 2007.

_____. **Four Concepts of Validity:** Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism (November 6, 2008). In: The Rule of Recognition and the United States Constitution, eds. Matt Adler, Ken Himma. Oxford University Press, 2009. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1296840>. Acesso em julho/2017.

_____. **Defeasibility and Legal Positivism** (March 5, 2009). In: Essays in Legal Defeasibility, eds. J. Ferrer, G.B. Ratti. McMaster University, Ontario, Canada. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1346385>. Acesso em julho/2017.