

REFLEXÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO, DE WILFRID WALUCHOW, CONTRAPONDO-SE À CONCEPÇÃO DWORKINIANA

Loiane Prado Verbicaro*
Pauliane da Silva Freitas**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 As Repercussões sobre a Discricionariedade Judicial; 2.1 Os Sentidos de Discricionariedade: Fraco e Forte; 2.2 A Tese da Única Resposta Correta; 3 As Reformulações do Positivismo: O Pensamento de Waluchow sobre a Discricionariedade; 3.1 A Compreensão (errônea) de Dworkin sobre o Sentido de Discricionariedade; 3.2 A Crítica sobre a Onipotência do Juiz; 3.3 A Relação entre Princípios, Discricionariedade Forte e Positivismo Inclusivo; 4 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a discricionariedade judicial a partir da teoria de Ronald Dworkin, que nega a existência daquela, mesmo diante de casos difíceis. Como contraponto, o trabalho apresenta a visão do positivismo renovado de Wilfrid Waluchow, que reafirma a existência e desejabilidade dessa discricionariedade nos casos complexos. A investigação propõe-se a analisar a definição sobre os sentidos de discricionariedade, atribuídos pela filosofia do direito, e o seu uso pelos referidos autores e apresentar reformulações teóricas do positivismo inclusivo e as falhas da teoria interpretativista, especialmente em relação ao juiz Hércules e à existência da única resposta correta.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade Judicial; Juiz Hércules; Resposta Correta; Positivismo Jurídico Inclusivo.

JUDICIAL DISCRETIONARITY BY WILFRED WALUCHOW'S INCLUSIVE JURIDICAL POSITIVISM VERSUS THE DWORKINIAN IDEA

ABSTRACT: Judicial discretionarity is analyzed from the point of view of Ronald Dworkin, who denies its existence, even in difficult cases. On the other hand, the essay forwards the renewed positivism by Wilfrid Waluchow, who insists on its existence and necessity for difficult cases. Current investigation analyzes the definition on the

* Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca; Coordenadora Adjunta e Docente de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA); E-mail: loianeverbicaro@uol.com.br

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Brasil

meanings of discretionarity of the law philosopher and its use by authors, coupled to the enhancement of theoretical reformulations of inclusive positivism and the failures of interpretative theory, especially with regard to judge Hercules and the existence of a single correct answer.

KEY WORDS: Judicial Discretionarity; Judge Hercules; Correct Answer; Inclusive Juridical Positivism.

REFLEXIONES SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL A PARTIR DEL POSITIVISMO JURIDICO INCLUSIVO DE WILFRID WALUCHOW CONTRAPONIENDOSE A LA CONCEPCIÓN DWORKINIANA

RESUMEN: Ese artículo objetiva analizar la discrecionalidad judicial a partir de la teoría de Ronald Dworkin, que niega su existencia, hasta delante de casos difíciles. Como contrapunteo, el trabajo presenta la visión del positivismo renovado de Wilfrid Waluchow, que reafirma su existencia y deseabilidad en casos complejos. La investigación se propone aún analizar la definición sobre los estudios discrecionales atribuidos por la filosofía del derecho y su uso por los referidos autores y presentar reformulaciones teóricas del positivismo inclusivo y las fallas de la teoría interpretativa, especialmente en relación al juez Hércules y a la existencia de una respuesta correcta única.

PALABRAS-CLAVE: Discrecionalidad Judicial; Juez Hércules; Respuesta Correcta; Positivism Jurídico Inclusivo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a discricionariedade judicial pelo olhar analítico e conceitual da filosofia, ao refletir, à luz de suas estruturas teóricas, sobre a dimensão criativa da atividade judicial que, no mais das vezes, projeta o intérprete para além da legalidade vigente, acenando ao exercício político de um mister que é – ou pelo menos deveria ser –, por definição, predominantemente jurídico, mesmo que se considere a fluidez da fronteira entre política e direito no mundo contemporâneo, marcado pela crescente constitucionalização de questões políticas.

Para situá-lo, é importante compreender que, nas últimas décadas, presenciou-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais

em torno da inamovível força vinculante dos valores de justiça. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo do Poder Judiciário, ao depositar nele novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social. Outros movimentos e fundamentos contribuíram para essa “expansão global do poder dos juízes”¹ nas democracias contemporâneas, entre os quais se destaca a influência do modelo político-filosófico liberal, que parte do pressuposto de que os juízes devem ter papel proeminente na determinação do que exige o direito em cada caso, atuando o órgão judicial como instrumento de proteção de direitos individuais frente ao Estado, segundo a premissa de que o direito não depende meramente da vontade legislativa, mas da construção que o intérprete realiza do conteúdo da norma jurídica.

Nesse cenário, em que os juízes assumem o papel de guardião das promessas,² estabeleceu-se o primado da interpretação judicial sobre a lei, ao se conferir a intervenção valorativa do intérprete judicial no processo decisório, em um momento de relativização da cisão entre criação e aplicação do direito. E, para analisar essa função dos juízes nos marcos da interpretação judicial, o trabalho reflete sobre o problema que o grau de liberdade interpretativa dos juízes suscita, bem como sobre os diferentes usos do termo discricionariedade judicial, que é um dos mais polissêmicos da filosofia do direito, a partir das linhas centrais do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin e das reformulações do positivismo inclusivo, de Wilfrid Waluchow.

É importante registrar que a discricionariedade se instituiu sobremaneira após a superação do positivismo clássico, principalmente em sua versão formalista, com a desmistificação de um ordenamento jurídico completo, em que o intérprete fosse tão somente responsável por dizer o direito preexistente. São vários os representantes do modelo discricionário e, no âmbito do positivismo, chama-se atenção a Hans Kelsen e Herbert Hart com o seu positivismo renovado.

Ocorre que, durante a década de 1970, as questões sobre a necessidade e justificação da discricionariedade judicial ganharam força nesse debate. De um lado, os defensores de certa margem de liberdade de criação fornecida ao juiz, representado por Hart, e do outro os não positivistas, os quais rechaçam a aceitação da discricionariedade nos sistemas jurídicos e estabelecem limites mais amplos

¹ TATE, Neal; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

² GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ao direito, como, por exemplo, a inserção de valores morais, representados por teóricos como Ronald Dworkin.³

Dworkin elaborou uma teoria que impactou o entendimento acerca da compreensão da discricionariedade nos sistemas jurídicos, ao defender sentidos distintos: dois fracos e um forte e deixar claro que a sua teoria sobre a decisão judicial está preocupada em evitar o sentido forte, uma vez que o mesmo significa que os juízes não detêm limitações para decidir e sua decisão não se encontra controlada, o que, segundo o pensamento hartiano e pós-hartiano, representado por Wilfrid Walichow, é inviável.

Considerando esse enfrentamento, o artigo aborda o debate entre os autores mencionados, tendo em vista a relevância da discricionariedade e suas distintas percepções para a construção de teorias adequadas acerca da decidibilidade judicial, notadamente no contexto brasileiro, marcado pela crescente judicialização das questões políticas, sociais e econômicas. Ademais, é importante discutir o tema, principalmente nos Estados democráticos de Direito, uma vez que estes possuem como sustentáculo o princípio da separação dos poderes.

Para Ronald Dworkin, a discricionariedade judicial em sentido forte representa uma afronta à democracia em razão da ausência de legitimidade para a criação do direito por parte do intérprete judicial. O autor apresenta a sua teoria baseada em padrões morais, em que o juiz Hércules tem como principal obrigação encontrar a única resposta correta, mesmo nos casos complexos. Aparentemente, o problema pertinente à discricionariedade judicial estaria solucionado, uma vez que tal atuação judicial seria desnecessária diante da relevante construção teórica de Dworkin. Além disso, o fenômeno de aceitação de sua teoria como o paradigma dominante ganhou força, inclusive, levando à falsa crença de que o positivismo jurídico havia sido superado. No Brasil, tal entendimento não é diferente, principalmente no âmbito acadêmico. Contudo este artigo discorda dessa compreensão, buscando expor uma nova versão do positivismo, a qual surgiu com o escopo de enfrentar os ataques dos teóricos não positivistas.

É importante refletir a questão a partir das reformulações de Wilfrid Waluchow, autor canadense que estudou em Oxford com o maior filósofo do direito de todos os tempos, o professor Herbert Hart. Trata-se de um teórico positivista inclusivo, representante de uma versão sofisticada e renovada. Não se pretende, com o trabalho, deixar de reconhecer a importância das formulações teóricas de

³ IGLESIAS VILA, Marisa. El Problema de la Discrecion Judicial: Una Aproximación al Conocimiento Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999, p. 21.

Dworkin e sim ampliar o entendimento sobre o tema e demonstrar que o debate não se encerrou como a teoria de Dworkin.

Para isso, inicialmente, discutir-se-á sobre a discricionariedade e suas repercussões, evidenciando-se a definição e classificação do termo discricionariedade judicial, dada pela filosofia do direito, principalmente a oferecida por Dworkin, assim como a discussão entre os autores e seus comentadores. Por fim, serão apresentadas as inovações propostas por Waluchow. Este autor defende que Dworkin não logrou êxito ao elaborar a teoria da única resposta correta. Nesse sentido, entende que a discricionariedade judicial, que se diferencia de atividade arbitrária, não deve ser entendida como um mal necessário, e, sim, como algo elementar à atuação judicial.

2 AS REPERCUSSÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A teoria positivista sobre a função judicial se caracteriza por sustentar que o intérprete desempenha de modo simultâneo uma atividade cognoscista e volitiva, isto é, ao mesmo tempo em que aplica regras pré-definidas, cria também direito, conforme a sua vontade. O positivismo renovado considerou que julgar casos com base em padrões extrajurídicos deveria ser juridicamente válido, pois, diante das várias hipóteses de escolha, nenhuma poderia ser considerada como a única resposta correta. Nesse sentido, defende a discricionariedade judicial, movimento esse fortemente representado por Herbert Hart.

Além de Hart, tem-se também como representante do modelo discricionário Hans Kelsen⁴, o qual reconheceu a liberdade dos juízes para julgar os casos, tendo em vista que as regras possuem uma pluralidade de significados, propiciada pela linguagem aberta que conduz ao exercício inevitável do poder discricionário.

⁴ Hans Kelsen (1881-1973), um dos mais proeminentes filósofos do direito do século XX, fundador da teoria pura do direito, compreendeu a teoria como ciência e a interpretação como externalização de um ato político, uma vez que a lei deixa ao intérprete um espaço a ser preenchido mediante um ato construtivo de criação, o que configura a interpretação judicial não como ciência, mas como ato de política jurídica. Seguindo esse entendimento, pela própria natureza do discurso normativo, o sentido do conteúdo das normas é sempre aberto. Assim, o juiz não simplesmente descobre e declara um direito a priori. A inferência silogística típica do determinismo metodológico ou dedutivismo interpretativo não se aplica às normas jurídicas. A função do tribunal não é, portanto, a da mera descoberta, apresenta também um caráter nitidamente constitutivo, volitivo e político. Isso porque, em sua teoria, afirmar pretensões e tomar decisões são atos de vontade e não inferências ou atos de cognição, ainda que tais atos volitivos possam ser conjugados, em certa medida, a elementos racionais que circunscrevem a moldura da norma jurídica. Não constituem, pois, conclusões lógicas derivadas de certos argumentos. Decisões são tomadas e não deduzidas logicamente de um conjunto de premissas aceitas. Com essas ideias, percebe-se o ceticismo kelseniano sobre a possibilidade de se aplicar a lógica na esfera do mundo normativo. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 274, 275.

Entretanto os que rechaçam a discricionariedade judicial criticam, principalmente, a falta de legitimidade do juiz para criar direito, o que significaria uma grave violação à democracia e ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que os juízes não são eleitos pelo povo e não representam a soberania popular para tanto e, ademais, criticam a devastadora afronta ao princípio da anterioridade legal, pois a discricionariedade judicial enseja necessariamente a criação do direito *pos facto*, permitindo o retrocesso legal, o que compromete a segurança jurídica.⁵

Nesse sentido, o problema da discricionariedade, inicialmente, deu-se em razão dessas discussões, porém, nos últimos anos passou a tomar um espaço relevante na filosofia do direito e a sua análise tornou-se epistêmica e semântica. No contexto teórico, figuram como protagonistas os autores Herbert Hart e Ronald Dworkin, os quais até hoje representam um debate vivo e essencial para o estudo do tema no âmbito da filosofia.

Ao se tratar da discussão sobre a discricionariedade, destaca-se a distinção entre os casos fáceis e os difíceis, sendo definidos, respectivamente: aqueles que são solucionados de forma quase que mecânica por meio da subsunção dos fatos às normas; e aqueles em que a decisão judicial a ser tomada pelo intérprete carece de uma regra clara, ou inexistente regra aplicável ao caso, colocando o intérprete em uma zona de penumbra. Nota-se que é sobre os casos difíceis que a atuação discricionária dos juízes reside para os positivistas, e onde não pode existir para os seus críticos, especialmente para Dworkin.

2.1 OS SENTIDOS DE DISCRICIONARIEDADE: FRACO E FORTE

Para fins de delimitação conceitual, utiliza-se o termo discricionariedade quando a decisão última sobre o justo no caso concreto é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir. Isso significa que a convicção pessoal do intérprete, seu discernimento, sensatez e juízo passam a ser elementos decisivos para se determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será tida como a melhor e a mais justa, notadamente nos casos imprecisos de vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica, situações nas quais, ainda que o direito apresente uma resposta ao caso, a solução não é óbvia e sua identificação exige um processo intelectual complexo em razão das dificuldades

⁵ IGLESIAS VILA, Marisa, op. cit., 1999, p. 23.

epistêmicas do intérprete em compreender os padrões normativos abstratos ou imprecisos, típicos da linguagem do direito. Trata-se de uma discricionariedade fraca, que provoca a necessidade de juízo ou discernimento pessoal para identificar a resposta jurídica correta quando a linguagem do texto normativo não apresenta uma interpretação que seja clara e inconteste.⁶

Utiliza-se também a discricionariedade judicial para se designar a margem de liberdade do juiz na determinação das escolhas fáticas, relativas ao caso *sub judice*. Essa ideia está relacionada à valoração sobre as evidências da realização de um fato para determinar que versão dos acontecimentos é a mais próxima da realidade, não significando isso, evidentemente, liberdade para que o juiz construa ou invente os elementos fáticos do caso. Comumente, essa noção de discricionariedade está relacionada às dificuldades epistêmicas para definir que fatos correspondem à realidade, dado a falta de informação adequada para se qualificar juridicamente a conduta. Entretanto resolve-se mediante verificação dos fatos relevantes e integra, também, o sentido fraco de discricionariedade.

Um terceiro sentido indica a insujeição de uma decisão à revisão judicial por outra autoridade julgadora, o que leva à ideia de definitividade, independentemente dos problemas relativos à indeterminação e incompreensão da linguagem jurídica. Nesse sentido, trata-se da questão relativa à competência para, em última instância, declarar o conteúdo do direito, não pressupondo, portanto, dificuldades epistêmicas para a compreensão do direito ou dos acontecimentos fáticos do caso, como nas hipóteses anteriores.

Há ainda o uso da discricionariedade para se designar a possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos e admissíveis, o que acena para a ausência de uma resposta jurídica unívoca, muito embora, ainda assim, exijam-se a correspondência a critérios de racionalidade e justiça, bem como a necessidade de justificação das razões da decisão, ainda que a decisão contenha algum elemento extrajurídico. Trata-se do sentido de discricionariedade forte, núcleo fundamental do diálogo contemporâneo sobre o tema.

O aspecto central das propostas conceituais que envolvem a discricionariedade forte reside na possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação, seja ante a ausência de padrões normativos unívocos, seja em razão das antinomias normativas ou ante a insuficiência de regras semânticas para atribuir um

⁶ IGLESIAS VILA, Marisa. op cit., 1999, p. 33-65.

único sentido aos enunciados jurídicos, quando não existe uma resposta jurídica correta. Trata-se de uma margem de autonomia e/ou liberdade para determinar o resultado de uma decisão, o que não afasta o intérprete do dever institucional de decidir de maneira motivada e justificada. A possibilidade de escolha, que caracteriza a discricionariedade forte, comporta uma autonomia restrita, sempre vinculada ao dever de julgar de maneira justificada, o que distingue a discricionariedade, ainda que em sentido forte, das atuações arbitrárias.

Essa noção de discricionariedade forte, presente especialmente em teorias positivistas de corte hartiano, depende conceitualmente de dois preceitos fundamentais: o da proibição do *non liquet*, é dizer, da obrigação do juiz de julgar mesmo quando o direito não preveja uma solução específica e unívoca; e da ausência de uma resposta correta, considerando-se as seguintes situações: 1) a existência de várias soluções igualmente válidas e igualmente corretas para um mesmo caso, situação em que o juiz deve escolher uma dentre as diferentes possibilidades interpretativas mediante critérios extrajurídicos; 2) a inexistência de uma solução jurídica para determinada situação, o que conduz o intérprete a fazer uma escolha entre diferentes alternativas.

Considerando o sentido forte de discricionariedade judicial, Dworkin concebe-o como um elemento que necessita ser evitado e afastado, pois permite a inadmissível criação do direito após o fato e, à luz do seu pensamento sobre os princípios jurídicos, é impossível aceitar o exercício dessa liberdade outorgada aos juízes. Esse sentido de discricionariedade sempre estará atrelado ao sistema de regras, logo, ao sistema jurídico, formulado por Hart. Nesse sentido, Dworkin rechaça a discricionariedade em sentido forte e aponta o motivo pelo qual o pensamento positivista defende essa espécie de poder discricionário. Afirma o autor que os positivistas negam a recorrência a princípios em julgamentos judiciais, e para isso ele apresenta três possíveis respostas que poderiam ser dadas pelos positivistas para defender tal ideia:⁷

A primeira seria que os princípios não são obrigatórios, porém existem casos em que, mesmo que seja aplicada a regra prevista no ordenamento jurídico, o juiz necessitará recorrer a padrões principiológicos, tendo-se em vista que, se não o fizer, será criticado, não por sua conduta não ser moralmente aceitável, e sim porque os princípios possuem obrigações que se diferem da natureza daquelas das regras

⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 54-70.

e, dessa forma, é errôneo chegar à conclusão de que esses padrões não pertencem ao direito.

O segundo argumento, supostamente dado pelos positivistas, seria que, mesmo havendo alguns princípios obrigatórios, eles não são conclusivos no sentido de não prescreverem um resultado, contudo esse argumento é facilmente contestado, pois reitera o autor que os princípios não são padrões como as regras e não direcionam a um resultado individual, de forma que apenas conduz o juiz no exercício de sua função típica de julgador, embora não sejam conclusivos.

Questionam-se também as situações conflituosas entre os princípios, e a resposta é imediata no que tange à realização da ponderação entre eles. Nesse contexto, poderia surgir naturalmente o questionamento sobre a escolha do juiz em relação à aplicação do princípio, porém aduz o autor que, da mesma forma como ele poderia estar errado sobre a aplicação do princípio, o juiz poderia estar errado sobre a aplicação de uma regra obrigatória.

Ademais, o terceiro argumento utilizado pelos positivistas seria que os princípios não podem ser equiparados à lei, visto que a sua autoridade e mais ainda o seu peso são controversos, porém esse argumento é refutado, pois algumas regras também possuem uma validade controversa, com base num ato de congresso ou de um tribunal.

Dworkin refuta os argumentos positivistas e alega que eles são incapazes de justificar o uso do poder discricionário em sentido forte. O autor defende que, se o uso da discricionariedade for aceito, ter-se-á, então, uma grande violação aos direitos individuais, deixando-os nas mãos do intérprete, extraindo a segurança do direito, uma vez que ele procura afastar do subjetivismo dos juízes por meio de um discurso racional.

São evidentes os ataques de Dworkin à teoria de Hart. Contudo Hart defende, ao contrário de tudo que foi apresentado sobre a teoria de Dworkin, que a discricionariedade sempre existirá nos sistemas jurídicos e que corresponde a um fenômeno inevitável, pois existem casos em que o direito se apresenta indeterminado e incompleto.

Hart sustenta que a liberdade de criação, oferecida aos juízes, de certa forma foi interpretada por Dworkin de maneira equivocada, pois a criação do direito, por meio do fenômeno discricionário, em nada se parece com a iniciativa do Poder Legislativo e somente são justificáveis, quando o direito mostra-se incompleto, como

nos casos não ordenados pelo direito, haja vista que os ordenamentos jurídicos, por mais que o Legislativo seja exaustivo na criação de normas jurídicas, não conseguirão ditar todas as situações possíveis no mundo fático.⁸

A teoria de Hart traz a ideia de textura aberta das regras pertencentes ao ordenamento jurídico, as quais possuem um núcleo de certeza, e uma penumbra de dúvida, no primeiro, é possível uma mera subsunção dos fatos à norma, enquanto que na segunda haveria dúvida quanto à aplicação da regra haja vista que as mesmas (o quê?) não se põem de forma clara na solução do litígio, sendo imprescindível o exercício de discricionariedade.

Na verdade, o que Hart quis defender, aduzindo que as regras são estruturadas e enunciáveis em linguagem, foi organizar um sistema jurídico que conseguisse, por meio dessas regras, abranger o maior número de hipóteses fáticas, e por isso as mesmas possuem um limite quanto ao nível de definição que elas podem fornecer. Porém há casos em que o intérprete, além de aplicar (o quê?) de maneira mecânica, necessitará tomar uma decisão que transcende o direito, pois goza de ampla discricionariedade para decidir.⁹

O positivista defendia que evitar a textura aberta de linguagem seria impossível, pois o legislador teria que prever todas as hipóteses fáticas passadas, presentes e futuras. Nota-se que a vagueza é um elemento gerador da discricionariedade, uma vez que a sua solução depende da liberdade de escolha do intérprete. Além da vagueza que as normas possuem, há também as hipóteses em que as regras não são claras em razão da ambiguidade que as mesmas apresentam, sendo possível também o exercício do poder discricionário. Portanto, o pensamento positivista reconhece a inevitabilidade da atividade discricionária, ao passo que Dworkin pretendeu, em sua teoria, demonstrar que o modelo de discricionariedade judicial não se trata de uma adequada descrição da realidade judicial.¹⁰

2.2 A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

A fim de justificar a ausência de discricionariedade forte nos sistemas jurídicos, Dworkin formula a tese da única resposta correta, sendo esta a solução mais bem compreendida para o caso concreto de acordo com os princípios de

⁸ HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 138,139.

⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 171.

¹⁰ IGLESIAS VILA, Marisa. *op cit.*, 1999, p. 39-41.

moral política, presentes no ordenamento jurídico. Diante de um *hard case*, o juiz certamente encontrará uma única resposta correta moralmente aceita, não bastando se encontrar prevista explicitamente no ordenamento jurídico, fazendo-se necessária a sua compatibilidade moral.

Nesse ponto, vislumbra-se a principal crítica ao modelo discricional positivista, uma vez que este, ao invés de assumir um compromisso sério com a solução dos casos, prefere conceder aos juízes uma liberdade de escolha que, embora seja dita como restrita, na verdade não é. Assim, para Dworkin, esse modelo é falso, pois que poderia sim ser encontrada uma melhor alternativa aos casos difíceis e a discricionariedade não é a melhor solução. O autor acredita na objetividade da moral e com isso aduz que a moralidade a que se refere não é sinônimo daquela que pode ser aplicada pelos juízes no uso da discricionariedade, dado que estes a usam sem uma devida justificação. Nas palavras de Dworkin:¹¹

Em minha argumentação, afirmarei que mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente.

Dworkin reconheceu a completude do direito e, para isso, necessita de uma atuação forte dos juízes, no sentido de exercerem a sua atividade jurisdicional sempre visando encontrar a resposta correta. Na teoria de Dworkin, então, é possível visualizar certo protagonismo assumido pelos juízes, porém, não no sentido pernicioso de gozar de uma liberdade de escolha, mas sim que ele (quem?) desenvolva uma atividade séria e comprometida.

Contudo poderia surgir o questionamento sobre a aplicação dos princípios jurídicos em conflito: Qual seria o critério de aplicação? Não seria necessário recorrer ao juízo discricional? Diante dessa situação não haveria liberdade interpretativa? De acordo com a teoria dos princípios, essa controvérsia seria facilmente solucionada por meio da ponderação entre os princípios em discussão, quando prevalecerá aquele que fornece a melhor resposta para o caso.

A proposta do autor foi justamente introduzir a moral para as decisões, no sentido de que a melhor resposta sempre será a mais justa. Nesse contexto, Dworkin apresenta seu modelo ideal de juiz, representado pelo juiz Hércules, um

¹¹ DWORKIN, Ronald. op cit., 2007, p. 128.

juiz com características sobre-humanas, sábio, com habilidades, sabedoria, talento e persistência. O juiz Hércules sabe como agir, tendo em suas mãos instrumentos necessários para fornecer a melhor resposta e interpretação ao raciocínio jurídico, assim como uma justificação coerente do direito, perfazendo uma análise completa entre as normas, princípios e valores. O juiz filósofo aceita que as leis podem criar e extinguir direitos, que os juízes devem segui-las, e as decisões dos tribunais superiores e a sua decisão precisa ser justa, consoante ao ditame de equidade.¹²

A finalidade do juiz Hércules não é reduzir a atuação dos juízes ao seu ideal de interpretação, mas de fazer cumprir os direitos institucionais daqueles que procuram o Judiciário, ou seja, a decisão de Hércules afasta as suas próprias convicções e preferências. Por esse motivo, inclusive, que os argumentos dos juízes são de princípios e não de política, já que se tratando de argumentos de política, as próprias convicções e preferências são relevantes, como ocorre na função legislativa.

Por sua vez, a tese da única resposta correta, possível por meio da atuação do juiz Hércules, não está relacionada a um sentido do direito natural, não se trata de uma verdade prévia e fechada que embasa uma interpretação, tendo-se em vista que as normas jurídicas não têm um sentido único e fechado, mas são construídas por meio do discurso jurídico.

Para Dworkin, uma proposição jurídica será considerada verdadeira se ela se ajusta mais do que o conjunto de outras proposições que oferecem a melhor interpretação do direito em relação ao aspecto da justificação e da coerência.¹³ Dworkin apresenta um novo paradigma da função jurisdicional, desempenhada pelos intérpretes, com práticas judiciais mais adequadas à realidade judicial, principalmente do ponto de vista moral.

3 AS REFORMULAÇÕES DO POSITIVISMO: O PENSAMENTO DE WALUCHOW SOBRE A DISCRICIONARIEDADE

Após o marco teórico das formulações de Dworkin, os filósofos que se intitulavam positivistas enfrentaram substancialmente as críticas do interpretativista, dando origem a duas espécies de positivismo: inclusivo, o qual aceita a possível inserção de valores morais, por meio da aceitação de critérios morais para identificação

¹² DWORKIN, Ronald, op cit., 2007, p. 165-193.

¹³ IGLESIAS VILA, Marisa. op cit., 1999, p. 66.

do direito, sendo representado por Hart, Jules Coleman, Will Waluchow; e exclusivo, que defende a impossibilidade de haver uma carga valorativa como critério de validação do direito, pois as normas têm obrigação de contar apenas com o pedigree social sem recorrer ao raciocínio moral, como defensor dessa versão apresenta-se o positivista Joseph Raz.¹⁴

A partir dessas considerações, pode-se dizer que Waluchow defende a teoria do positivismo jurídico inclusivo, a qual, a *prima facie*, demonstra-se totalmente incoerente e incompatível com a teoria do positivismo jurídico clássico, principalmente no que tange ao tema discricionariedade, uma vez que esse autor não considera que as apelações aos princípios de moral política importem necessariamente no uso do poder discricionário.

3.1 A COMPREENSÃO (ERRÔNEA) DE DWORKIN SOBRE O SENTIDO DE DISCRICIONARIEDADE

Sabe-se que a discussão sobre a discricionariedade judicial durante a década de 1970, até o início da década seguinte, ganhou espaço no cenário da filosofia jurídica, especialmente em decorrência das grandes provocações formuladas por Dworkin à teoria hartiana.

Segundo Waluchow, Hart destaca-se ao defender que a discricionariedade judicial é uma característica inevitável, necessária aos sistemas jurídicos e que naturalmente surgem casos difíceis, os quais o direito não se mostra apto a resolver. Em virtude disso, os juízes devem recorrer ao seu próprio sentido de justiça ou até mesmo da comunidade para solucionar o litígio, tendo-se em vista especialmente que as regras de conduta possuem textura aberta.¹⁵

Waluchow sugere e concorda com a compreensão de Hart sobre a discricionariedade, que a sua utilização não pode ser entendida como “um mal necessário para o direito”, e sim algo agradável e desejável para se alcançar flexibilidade e racionalidade. O positivista inclusivo ressalta que seria possível eliminar a discricionariedade do sistema jurídico, por meio da criação de regras altamente específicas, que buscam resolver de forma antecipada e objetiva cada caso

¹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez à Cortesia. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214; SHAPIRO, Scott J. “El Debate “Hart-Dworkin”: Una Breve Guía para Perplejos”. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Ed.). Dworkin y sus críticos. México: Tirant lo Blanch, 2012, p. 331-334.

¹⁵ WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo Jurídico Incluyente. Madrid: marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2007, p. 208, 209.

concreto, cada problema social, entretanto esse mecanismo em hipótese alguma teria êxito.

Porém a concepção de Dworkin é contrária ao pensamento de Hart, e com isso o mesmo (quem?) estabelece diferentes sentidos de poder discricionário, e, como já mencionado, a liberdade interpretativa em sentido forte representa o verdadeiro vício da teoria positivista, e, por essa razão, o interpretativista busca afastá-la de sua teoria. Sabe-se que a discricionariedade fraca, para Dworkin, significa que as regras que os funcionários devem aplicar, por exemplo, não podem ser empregadas sem se recorrer ao juízo de valor individual ou coletivo. Contudo Waluchow critica o autor nesse ponto, pois afirma que Dworkin não se questiona a respeito dos casos difíceis.¹⁶

Esse seria um dos erros de Dworkin, para Waluchow, pois nos casos difíceis a eventual valoração é inevitável. Segundo o autor que defende o positivismo jurídico inclusivo, é compreensível que se deseje em nome da previsibilidade e da certeza que os casos difíceis inexistam, mas isso não justifica ignorar a existência deles. O direito jamais deve ser tratado como matemática composta de algarismos precisos, as falhas sempre existirão, tendo-se em vista a constante transformação da sociedade e o surgimento diário de conflitos.¹⁷

Waluchow acredita que os dois sentidos fracos, conceituados por Dworkin, são tão fracos, que nem merecem ser considerados poder discricional de fato. É acerca da discricionariedade forte que o autor aprofunda seus estudos sobre a perspectiva obscura e duvidosa que Dworkin deu ao tema, uma vez que essa circunstância fez com que o interpretativista obtivesse conclusões errôneas sobre o assunto; ressalta ainda o positivista inclusivo que Dworkin fez uma confusão, mostrando que a discricionariedade pode ser entendida em dois sentidos diferentes.

Para Dworkin, de acordo com a leitura de Waluchow, existe discricionariedade forte quando a decisão de um funcionário do direito não está controlada pelas pautas estabelecidas pelo legislador em um caso particular. O positivista oferece, então, o exemplo de um sargento que possui discricionariedade em sentido forte quando lhe ordenam para eleger cinco homens sem nenhuma característica específica para fazer patrulhas. O mesmo utiliza a discricionariedade forte para medir o nível de alcance daquela norma e o que ela propôs a controlar apesar de não ter controlado (o quê?) efetivamente.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. op cit., 2007, p. 51.

¹⁷ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 210-212.

Do exemplo fornecido, segue o questionamento de Waluchow, com o objetivo de deixar claro o problema da teoria dworkiniana: para que o juiz não possua poder discricionário em sentido forte, as pautas estabelecidas na ordem da autoridade superior necessitam exercer o controle da decisão ou meramente devem se propor a controlar? Segundo Waluchow, essa questão não está clara no pensamento de Dworkin.

Nesse sentido, Waluchow apresenta duas proposições sobre as quais se diz profundamente confuso em relação à opção de Dworkin para chegar ao afastamento do poder discricionário em sentido forte:

- 1) um indivíduo, S, precisa de discricionariedade forte, em certo caso, e somente estará obrigado às pautas ordenadas pela autoridade competente, caso estas pautas se proponham a controlar sua decisão;
- 2) um indivíduo, S, precisa de discricionariedade forte, em certo caso, e somente será obrigado às pautas ordenadas pela autoridade competente, caso estas pautas controlem efetivamente a decisão.

Esclarecendo precisamente os termos “controlar” e “se propor a controlar”, Waluchow afirma que, para que uma pauta controle efetivamente uma decisão, é necessário, primeiramente, que seja uma ordem que aquele que recebe é obrigado a aplicar em determinadas circunstâncias específicas, de modo que a sua aplicação seja obrigatória e nunca seja superada ou desprezada em detrimento de outra norma de maior força. Em seguida, que a regra aplicada deve indicar uma e somente uma resposta à decisão. Desse modo, o exemplo de um sargento que recebe a ordem para escolher o soldado mais alto do exército, e, nesse caso, seja incontroverso que existe determinado soldado mais alto, conseqüentemente, é possível entender que a força da ordem possui um poder maior do que a vontade do sargento, havendo apenas uma única resposta para o caso, a qual deve ser devidamente cumprida.¹⁸

No que tange ao termo “se propor a controlar”, Waluchow oferece o exemplo, novamente, do sargento que recebe ordem para escolher o homem mais alto, sem nenhuma certeza sobre a existência deste homem mais alto no batalhão, nesse caso, as pautas se dedicariam a se propor a controlar, pois há meramente uma presunção quanto à existência desse homem, logo, de uma única resposta correta.

¹⁸ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 214-221.

Posto isso, as pautas se dedicariam a se propor a controlar.

Assim, ressalta Waluchow que nem sempre uma pauta que controla alcançará controle total da decisão, o que remete à possibilidade de um controle parcial, desse modo, o autor faz sensatamente o comentário de que as pautas possuem algum grau de controle, inclusive aquelas em que a força normativa da autoridade pode ser desprezada com facilidade. Contudo o autor trabalha com a ideia de controlar completamente a decisão, ao contrário ao que Dworkin teria supostamente defendido, de que o controle da decisão não é realmente necessário, “se propor a controlar” já seria o suficiente para se evitar a discricionariedade forte.

Ademais, nesse ponto, é importante destacar que Dworkin não se preocupou em diferenciar exatamente os termos controlar e se propor a controlar, embora Waluchow acredite que aquele tenha usado os termos com a intenção de diferenciá-los, bem como que o Dworkin tivesse conhecimento sobre a diferença entre ambos os termos, apesar de não ter feito (o quê?) em sua obra.

Segundo Waluchow, não importa o grau de intensidade da força normativa da pauta que controla efetivamente a decisão, ela não será derrubada por pautas rivais e sempre levará precisamente à única resposta que será aceita e aplicada. Porém aquela pauta que se propõe a controlar deve possuir força normativa concretamente, pois pode ser desprezada por regras maiores, uma vez que se pressupõe que existe uma única resposta correta, mas não se consegue afirmar categoricamente esse fato. Assim, uma ordem pode controlar uma decisão mesmo não objetivando isso. Além de haver a possibilidade de uma ordem que se proponha a controlar, ao final do processo decisório não logre o controle efetivo.¹⁹

A análise e o entendimento das várias teorias relativas à discricionariedade forte dependem diretamente da conclusão sobre qual das duas proposições apresentadas pode ser da utilizada para afastar a discricionariedade forte, ou seja, se é necessário, apenas, que a ordem normativa se proponha a controlar a decisão dos funcionários do direito, ou se ela efetivamente controla a decisão. Waluchow acredita que, apenas se compreendendo toda essa teia teórica, de fato se pode questionar o argumento da discricionariedade e defender o positivismo jurídico inclusivo. Ademais, cumpre evidenciar que o mesmo acredita que somente seria possível afastar a discricionariedade, quando as regras controlassem totalmente a decisão, porém em um ordenamento jurídico manifestado por meio da linguagem esse

¹⁹ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 216, 217.

controle efetivo seria muito difícil.

Diante dessa explicação, questiona-se novamente sobre a opção de Dworkin entre as proposições: controlar e se propor a controlar. Nesse contexto, Waluchow acredita que Dworkin teria fundamentado sua teoria referente à ausência de discricionariedade em sentido forte nos sistemas jurídicos na proposição 1, na qual as pautas estariam dispostas com o escopo de se propor a controlar a decisão.

Segue o autor positivista inclusivo fazendo duas perguntas em relação aos possíveis problemas da proposição supostamente defendida por Dworkin: a primeira é concernente a se as pautas da ordem que se propõem a controlar a decisão não conseguirem controlá-la efetivamente. Com base nessa pergunta, desencadeia-se a segunda, considerando-se que nesse caso existe discricionariedade forte, uma vez que, para se escolher entre as alternativas circunstanciais que estão abertas diante da mera tentativa de controlar, pode-se suscitar a necessidade de uma decisão livre do juiz.²⁰ (rever os questionamentos)

Segundo a leitura de Waluchow sobre Dworkin, o não positivista parece indicar que a questão da discricionariedade forte na verdade é independente do fato de as regras indicarem realmente uma única resposta correta, ou seja, independente de a ordem de fato controlar a decisão. Para Dworkin, a questão principal seria se aquele que tomará a decisão está autorizado a questionar se as pautas relevantes para solução do caso se propõem a controlar e com isso desenvolver uma análise das alternativas de acordo com a sua vontade. Assim, Dworkin teria dito claramente que o juiz não tem a liberdade de questionar a força de uma lei, sua obrigação é atuar de acordo com a melhor interpretação possível em cada caso, não de acordo com sua ambição ou opinião, mas de fato analisar qual é a melhor solução para determinado caso, uma vez que o interpretativista é defensor da tese da única resposta correta.

Aceitar esse suposto entendimento de Dworkin para Waluchow poderia proporcionar um entendimento lógico, pois permite concluir que uma falha do direito, em indicar uma única resposta em determinado caso, não justificaria a adoção de discricionariedade forte por conta do juiz.

Se essa teoria de Dworkin de fato fosse aceita como verdadeira, dever-se-ia desconsiderar a textura aberta até mesmo das leis constitucionais, uma vez que, segundo a interpretação de Waluchow sobre a teoria de Dworkin, todas as ordens normativas se propõem a controlar a decisão, e o juiz sempre deve buscar pela única

²⁰ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 217.

resposta correta com base nessas pautas.

A teoria de Hart que se contrapõe a esse pensamento diz que é natural que haja textura aberta, sendo mesmo inevitável, e isso faz com que a lei possua uma aplicação imprecisa, o que pode levar o juiz a fazer a escolha entre duas ou mais interpretações provenientes da regra, mas esse fato não significaria que ele possui uma discricionariedade forte. Waluchow traz, nesse momento, o entendimento da discricionariedade forte como aquela discricionariedade quase legislativa, coisa que Hart repudia com veemência.

Desse modo, chega-se ao entendimento, por meio dos escritos de Waluchow, que, para Dworkin, que supostamente aceita a proposição 1, um funcionário não possui discricionariedade forte em razão da sua conduta convicta, considerando-se que sua decisão se encontra devidamente controlada pelas pautas estabelecidas, ou seja, que sua decisão se encontra completamente controlada.

Nesse sentido, surge uma nova pergunta: se o juiz estivesse certo, ao supor ou afirmar que sua decisão não está completamente controlada, como no caso de um sargento que recebe a ordem para escolher o homem mais alto, tendo ciência de que existem dois soldados que preenchem o requisito da ordem, assim, isso significaria que o juiz estaria convencido quanto à utilização da discricionariedade, porque dessa maneira estabelece o caso concreto?

Entretanto a aceitação da interpretação da proposição 1 resulta na incoerência desse questionamento, pois, para a teoria de Dworkin, o juiz sempre norteará sua decisão, buscando a melhor interpretação para o direito, já que, para esse autor, se as pautas autorizativas se propõem a controlar, de fato não há discricionariedade forte. Por conseguinte, salienta-se que, ainda que o juiz possa enxergar várias interpretações possíveis, persistirá na melhor resposta para o caso, por esse motivo, propor-se a controlar é suficiente para afastar a discricionariedade.

Após apresentar as supostas ideias defendidas por Dworkin, Waluchow passa a criticar fortemente as mesmas, a fim de demonstrar que a negativa, quanto à existência de discricionariedade em sentido forte, compreende-se em um entendimento vazio.

Então, a própria ideia de discricionariedade forte vai se tornando fraca com essas afirmações. Essa é uma das primeiras grandes críticas de Waluchow à tese de Dworkin, pois o juiz não pode se dedicar à procura de uma única resposta correta, que ele sabe que não existe, tendo em vista a possibilidade de mais de uma resposta

correta, quando não é possível estabelecer a melhor interpretação para o caso.²¹

Entende-se que o autor interpretativista defende a teoria da única resposta correta, que sempre deverá ser buscada pelo intérprete. Todavia Waluchow aduz que o juiz pode entender que a sua decisão não está completamente controlada e com isso chegar à conclusão de que o direito possui falhas de fato, e, mais que isso, que as regras possuem uma textura aberta, como já havia definido Hart.

Waluchow decide explicar o ponto de vista de Dworkin no que diz respeito à possibilidade de empate. Sobre esse assunto, o autor interpretativista, levanta duas hipóteses relacionadas ao sistema jurídico primitivo e ao sistema jurídico moderno. No sistema primitivo, o primeiro estágio da interpretação, denominado pré-interpretativo, não poderia ser sempre analisado com sucesso, haja vista que as circunstâncias são escassas. Diante dessa carência, o juiz se encontra diante de uma impossibilidade de fazer uma análise completa e plena do caso concreto, resolvendo por fim declarar um empate entre as respostas igualmente válidas.

Desse modo, Dworkin teria sustentado que nessas circunstâncias o sistema jurídico não podia ordenar aos juízes que ignorassem a possibilidade de empate, e que eles sempre acreditassem em sistema jurídico completo e que houvesse apenas uma única resposta correta. Nesse sistema primitivo, seria impossível negar discricionariedade forte aos juízes, pois os mesmos não poderiam dar resposta ao caso, sem essa ampla liberdade de escolha.

Enquanto que, segundo Dworkin, na leitura de Waluchow, nos sistemas jurídicos modernos, em razão da sua maior complexidade, vasto de regras, práticas constitucionais, repleto de precedentes e leis, a possibilidade de empate seria tão pequena que justificaria a delegação do poder ao juiz de resolver a questão, porém não por meio da discricionariedade forte, mas da interpretação. Apesar de tal medida ser trabalhosa e complexa, tendo-se em vista a exigência de uma rigorosa dedicação por parte do juiz, que deve analisar as minúcias de cada caso, ela se apresenta menos onerosa à segurança jurídica e às outras vantagens políticas.²²

A finalidade de Dworkin, ao responder aos ataques à sua teoria, é afirmar que os casos difíceis que surgem nos sistemas maduros em nada se parecem com os de empate simples, visto que as pautas vinculantes nos casos difíceis são bem mais específicas e complexas. Portanto, em aproximadamente 100% dos casos, o juiz não terá dúvida quanto à existência de uma única resposta correta, ou seja,

²¹ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 214.

²² Ibidem, 2007, p. 219.

os juízes agiriam como se sua decisão estivesse completamente controlada. Então, esses sistemas jurídicos são perfeitamente razoáveis para adotar regras básicas de adjudicação que requeiram que juízes sempre procedam de acordo com a suposição que o direito tem êxito em controlar completamente suas decisões. O fato de esses sistemas adotarem, segundo a tese de Dworkin, compreendida por Waluchow, as regras faria com que os juízes desses sistemas nunca exercessem discricionariedade.

Entretanto, para Waluchow, essa defesa de Dworkin apresenta-se problemática. Assim, para estabelecer sua crítica, o autor positivista inclusive levanta primeiramente a questão sobre se o juiz pode imaginar que sua decisão não se encontra totalmente controlada, uma vez que não é óbvia a negativa em relação a esse fato. Dessa forma, é possível entender que Waluchow julga possível que um juiz possua sim o conhecimento a respeito de sua decisão não se encontrar totalmente controlada, essa simples possibilidade coloca em dúvida a interpretação da proposição “P” em relação à discricionariedade forte.

O positivista faz uma nova crítica à teoria da proposição 1 no sentido de que esta não seria aplicável somente aos sistemas jurídicos maduros, como Dworkin defende, mas também deveria ser aplicável a todos os sistemas, inclusive aos primitivos, os quais apresentam casos difíceis e de maior simplicidade. Portanto, para aceitar a proposição 1 como correta, é necessário que esta possa ser aplicável a todas as situações.

Porém, se essa proposição é um enunciado geral, que é considerado conceito analítico de discricção no sentido forte, então defendê-la, apelando para características de alguns casos especiais, em que a complexidade das regras a serem aplicadas garante ao operador do direito que nunca se veja diante de uma dúvida, sendo ainda errôneo ele supor que sua decisão não estaria controlada. Diante desse argumento, não há dúvida de que esse entendimento é totalmente falso. Trata-se de uma teoria totalmente fraca, visto que existem casos em que o juiz terá conhecimento de que as pautas não controlam sua decisão, não existindo outra saída que não seja a aplicação da discricionariedade forte.²³

Por fim, o autor conclui que a proposição 1 é indubitavelmente defeituosa no sentido de explicar o conceito da discricção forte e, por conseguinte, a tentativa de Dworkin de defender a tese de afastamento da discricionariedade em sentido forte, visando alcançar uma teoria do direito válido, é frustrada.

²³ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 220.

3.2 A CRÍTICA SOBRE A ONIPOTÊNCIA DO JUIZ

Na leitura de Waluchow, Dworkin teria afirmado que os juízes não possuem discricionariedade em sentido forte, com base no suposto fato de nunca assumirem para si mesmo a discricionariedade, em virtude de não chegarem em hipótese alguma a um espaço de penumbra e incerteza, em que as pautas que norteiam sua decisão sejam insuficientes, ou seja, em razão da extrema convicção do juiz, este sequer poderia acreditar que o ordenamento jurídico fosse lacunoso, mesmo o sendo. Contudo Waluchow refuta tal argumento pelo menos em parte, inicialmente porque não é óbvio que esses juízes nunca recorram a si mesmo, ainda que se esgotem os limites de controle autorizativo.

Waluchow, com intento de reforçar que a teoria de Dworkin quanto à inexistência de discricionariedade em sentido forte é incoerente, aponta outra contradição que diz respeito ao fato de os juízes acreditarem que o controle que emerge sobre sua decisão nunca termina, entretanto, segundo Waluchow, esse argumento também se demonstra frágil e insuficiente ao fim que se destina: fundamentar ausência de discricionariedade forte nos sistemas jurídicos, tendo-se em vista que os juízes poderiam simplesmente estar equivocados sobre a sua convicção.

Nesse sentido, se Dworkin tem razão, a discricionariedade forte não precisa ser exercida, embora às vezes ela seja, e talvez os juízes devessem se esforçar mais para alcançar a resposta não existente e possível. Porém o exercício da discricionariedade forte é inevitável, embora o juiz Hércules, de Dworkin, nunca sinta a necessidade de recorrer ao juízo discricional, pois, para ele (quem?), em teoria sempre haverá uma única resposta correta.²⁴

Ademais, pode-se dizer que a tese defendida por Dworkin não corresponderia ao fato de os juízes exercerem discricionariedade forte, mas sim, que os juízes não necessitariam recorrer a esta, em virtude da democracia e justiça que permeiam os sistemas jurídicos modernos. Em suma, se Dworkin pudesse diminuir a adequação e transformar sua explicação em uma recomendação, talvez a teoria poderia chegar mais próximo ao almejado, como propõe Waluchow.

Contudo é importante ressaltar que, se Dworkin mantiver esse pensamento, a sua objeção, baseada na simples observação de que os juízes agora não devem sentir necessidade de recorrerem ao juízo discricional, seria falha, pois deparar-se-ia com a

²⁴ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 231-233.

possibilidade de o julgador nunca sentir necessidade de exercer discricionariedade em sentido forte, a não ser que o interpretativista mudasse o seu enfoque.

Diante dessa possível solução à teoria de Dworkin, Waluchow propõe outro questionamento: se os juízes aceitarem as recomendações de Dworkin e passarem a julgar os casos como o juiz Hércules será realmente certo que nunca culminariam com o exercício de discricionariedade forte? Seria isso verdadeiro, ainda que Dworkin pudesse convencer os juízes de que isso nunca aconteceria com Hércules?

Entende-se que a tarefa de Hércules, adequada a um deus, a *prima facie* seria pouco provável. Essa tarefa exige que os juízes realizem juízos com grande complexidade sobre moral política e sobre uma história institucional que frequentemente, à luz da interpretação do positivista inclusivo, é inconsistente e errônea. O juiz, ao interpretar os casos difíceis, analisa as normas controvertidas e desenvolve complexas e difíceis noções de conceito controvertido, sendo necessário esse esforço para que se encontre uma resposta para o caso.

Contudo Waluchow alerta e instiga uma resposta à situação dos juízes que, muitas vezes, diante da complexidade do caso, veem-se forçados a admitir que não poderiam dizer que acreditam que uma das respostas, possivelmente correta, é realmente a correta. Então, ele afirma que nem precisa que o juiz diga que existe um empate, basta que ele tenha a convicção de que não possui motivos suficientes para escolher entre as possíveis respostas, a correta, mesmo quando tenha sido convencido por Dworkin de que sempre há uma resposta correta esperando ser descoberta por Hércules, sendo assim aceitável a discricionariedade.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, DISCRICIONARIEDADE FORTE E POSITIVISMO INCLUSIVO

Waluchow trouxe uma novidade para a teoria positivista no que tange à existência de decisões baseadas em padrões morais, sem a necessidade de discricionariedade. Assim, o positivista inclusivo, inicialmente, demonstra o seu rompimento com a teoria positivista clássica, principalmente em relação à desvinculação entre os princípios morais e o direito. Sabe-se que os positivistas, destacando-se Hart, acreditam que as respostas, ainda que parcialmente determinadas por critérios morais, possuem um caráter discricional, tendo-se em vista que recorrer a normas de moral política, necessariamente, implica em uma decisão discricional.

Os positivistas, segundo Waluchow, conseguem responder às críticas de Dworkin, atacando certo ponto da teoria deste autor, que se refere à relação que esta possui com a moral não objetiva, na qual as eleições entre as interpretações construtivas do direito dependem de juízos morais relativos, que se aplicam na prática jurídica, à melhor luz moral. Contudo, sendo a moral não objetiva, é incoerente aceitar a concepção de uma escolha objetiva válida entre as interpretações possíveis para o caso, ou mesmo uma resposta.²⁵

O problema é que a teoria de Dworkin não se aplica aos casos em que a melhor interpretação da teoria construtiva do direito seja incapaz de solucionar o caso, assim, a dimensão da moral falhará e será mais uma vez inevitável dentro dessa dimensão que os juízes tenham discricionariedade em sentido forte. Outro motivo ressalta Waluchow, para se acreditar que os positivistas afirmam que recorrer a princípios de moral política conduz ao poder discricionário do juiz, é o fato de a grande parte desses filósofos aceitarem a técnica simples e mecânica de adjudicação.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o inclusivista não concorda com os positivistas, também o faz em relação à tese da única resposta correta, por entender que às vezes nos casos difíceis existe uma resposta correta, mesmo com determinada incerteza, e também casos em que essa resposta não existe, pois é perfeitamente possível, conforme explicitado neste capítulo, mesmo havendo esforço e dedicação do intérprete, a única resposta correta não ser encontrada, sendo necessário o exercício do poder discricionário do juiz.

Ressalta-se ainda que em algumas situações é possível utilizar-se de padrões morais sem efetivamente precisar exercer o juízo discricional, como, por exemplo, no caso de uma norma infraconstitucional, contrária à Constituição, poder ser afastada em razão da sua inconstitucionalidade e por ser moralmente inválida sem que o intérprete exerça a discricionariedade, haja vista que os padrões morais foram inseridos nos textos constitucionais.

Portanto, o autor reconhece a inclusão eventual de padrões morais que afastem o exercício da discricionariedade. Além disso, ele concorda com Hart que a relação entre o direito e a moral é desnecessária, prescindível e meramente contingente. Outrossim, a teoria do positivismo jurídico inclusivo não poderia ser considerada a teoria que aduza que a utilização de premissas morais leva ao resultado de um juízo discricional, uma vez que o mesmo nega a aplicação desse raciocínio automático.

²⁵ WALUCHOW, Wilfrid J. op cit., 2007, p. 234-236.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um cenário de relativização da cisão entre criação e aplicação do direito, em que os juízes exercem um papel proeminente na determinação do que afirma o direito no caso concreto, em um contexto de crescente protagonismo judicial, o trabalho analisou o problema do grau de liberdade interpretativa dos juízes a partir das reflexões acerca da discricionariedade judicial presentes no debate entre Herbert Hart, Ronald Dworkin e Wilfrid Waluchow.

Ronald Dworkin sustentou sua teoria, objetivando afastar a discricionariedade judicial. Assim, revelou sua posição pela não aceitabilidade da atuação discricional pelos intérpretes. Nesse contexto, o autor institui a tese da única resposta correta a fim de elucidar que sempre existe, para todos os casos, uma resposta correta, sendo esta a melhor interpretação moral do direito preexistente. A ideia de completude do direito, defendida por sua teoria, passou a ser compreendida por muitos, especialmente no Brasil, como paradigma dominante, e com isso chegou-se ao entendimento de que a teoria positivista havia sido superada em relação à necessidade do juízo discricional, realizado pelos intérpretes.

Entretanto, com base na teoria proposta por Waluchow sobre a discricionariedade, é possível compreender que as implicações sobre a necessidade do juízo discricional não foram solucionadas pela teoria interpretativista, singularmente em relação à tese da única resposta correta, haja vista que, como ressaltou Waluchow, a mesma é incoerente e impossível, pois existem casos em que, embora o juiz se esforce e se dedique durante um tempo razoável na busca por essa resposta, a mesma não será alcançada pelo simples fato de inexistir, ou ainda porque a convicção do juiz pode ser falha.

Em relação ao ponto interessante sobre a diferenciação dos termos “se propor a controlar” e “controlar” a decisão, entendeu-se que realmente Dworkin não visou fazer a distinção, porém a sua falta de compromisso com a utilização do termo, de forma indistinta, possibilitou as críticas realizadas por Waluchow, por esse motivo, compartilha-se do entendimento dado pelo inclusivista a respeito da opção de Dworkin pela proposição 1.

Portanto, a presente abordagem defende as ideias de Waluchow ao alegar que a teoria de Dworkin poderia ser aceita, se a mesma fosse compreendida como uma recomendação, entretanto, não sendo assim, mostra-se insuficiente e incapaz de justificar a ausência de discricionariedade judicial nos sistemas jurídicos, o que

remete à concepção anteriormente defendida por Hart no que se refere à necessidade da discricionariedade.

Nesse sentido, conclui-se que é incluível que, na prática jurídica contemporânea, especialmente em assuntos relativos à adjudicação constitucional em um contexto de crescente judicialização dos conflitos sociais e dado a complexidade das questões de moral política envolvidas, existem numerosos empates de respostas razoáveis que suscitam, irremediavelmente, a necessidade de escolha de uma entre as alternativas igualmente adequadas e viáveis. Assumir essa realidade e declarar que os juízes, em casos excepcionais, têm discricionariedade para decidir de maneira razoável fora dos exatos limites circunscritos pelo direito propicia clareza e honestidade à prática jurídica, notadamente ao inclinar o juiz a responder racional, consciente e imparcialmente às questões que o direito deixa abertas, ao invés de empenhar-se sempre em buscar o que seria uma solução jurídica artificial e ilusoriamente concebida como a única correta.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La Tesis de la Única respuesta Correcta y el Principio Regulatorio del Razonamiento Jurídico. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 1990, p. 23-38.

AÑÓN. María José. Notas sobre Discrecionalidad y Legitimación. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho**, 1994.

ARGÜELLES, Juan Ramon de Paramo. **H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BARRAGÁN, Julia. La Respuesta Correcta Única y la Justificación de la Decisión Jurídica. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho**, p. 63-74, 1990.

BONORINO, Pablo Raúl. ¿Cuál es el desafío de Dworkin?. **Anuario de Filosofía del Derecho**, v. 22, p. 157-178, 2005.

CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin y el Enfoque de la Integridad. **Revista de Ciencias Sociales**, v. 38, p. 45-68, 1993.

CAPLAN, Russell. Professor Dworkin's Jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 22, p. 118-159, 1977.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: WERNECK VIANA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

DOYLE, James F. Discretion and Legality. In: CONTEMPORARY CONCEPTIONS OF LAW, **9 th World Congress**, 1979, p. 153-161.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FISH, Stanley. Trabajando en Cadena: La Interpretación en Derecho y Literatura. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. Melero (Ed.). **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo Blanch, p. 235-260, 2012.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

HART, Herbert. **O Conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DWORKIN, Ronald. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. In: **ESSAYS in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 123-144.

IGLESIS, Marcelo Montero. ¿De la Discrecion Judicial a la Respuesta Correcta? **Revista de Ciencias Sociales**, v. 38, p. 241-258, 1993.

IGLESIAS VILA, Marisa. **El Problema de la Discrecion Judicial: Una Aproximación al Conocimiento Jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 48, p. 17-51, 2003.

LIFANTE VIDAL, Isabel. **La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporánea**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MACCORMICK, Neil. Discretion and Rights: Law and Philosophy. **An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**, v. 8, n. 1, p. 23-36, 1989.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **Creación y Aplicación en la Decisión**. Madrid: Anuario de Filosofía del derecho. Tomo I, 1984.

RAZ, Joseph. **Razão Prática e Normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAZ, Joseph. H. L, A. Hart. **Revista de Ciencias Sociales**, v. 28, p. 17-31, 1986.

RODRÍGUES PUERTO, Manuel J. Ronald Dworkin y la Creación Judicial del Derecho. Una reflexión breve. **Anuario de Filosofía del Derecho**, v. 16, p. 121-141, 1999.

RODRIGUEZ, César. **La Decisión Judicial. El debate Hart: Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

SHAPIRO, Scott J. El Debate Hart-Dworkin: Una Breve Guía para Perplejos. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Ed.). **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo Blanch, 2012.

TATE, Neal; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)Legitimidade Democrática da Judicialização da Política: uma Análise à luz do contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, 2011a.

VERNENGO, Roberto J. El Derecho como Interpretación y Integridad. In: **Revista de Ciencias Sociales**, v. 38, p. 17-43, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, 2008.

VILA, Marisa Inglesias. **El problema de la discrecion judicial: Una aproximacion al conocimiento jurídico**. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 1999.

WALDRON, Jeremy. ¿Ha Respondido Dworkin a los Estudios Críticos del Derecho?. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (Ed.). **Dworkin y sus críticos**. México: Tirant lo Blanch, 2012, p. 261-308.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo Jurídico Incluyente**. Madrid: marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2007.

WERNECK VIANA, Luiz. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

Recebido em: 08 de janeiro de 2016

Aceito em: 26 de janeiro de 2016