

RESENHAS

O MODELO DE REGRAS DE RONALD DWORKIN

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

*Taylisi De Souza Corrêa Leite**

Em sua obra “Levando os direitos a sério”, Ronald Dworkin procura desenvolver uma teoria do direito que opera com base na seleção argumentos jurídicos adequados, isto é, argumentos assentados na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade. Juntamente com essa teoria de argumentação jurídica, Dworkin propõe uma teoria de justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem se basear na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida.

Para tanto, Dworkin considera premente a revisão do modelo de regras conforme o qual o direito opera, preconizando a extrema necessidade de se realizar uma ruptura com a tradição positivista. Ele entende que todo o positivismo, com seu apego restrito ao aparato das regras jurídicas, tolhedor e cerceador, precisa ser abandonado, mas opta primordialmente por estabelecer um diálogo com a teoria de Hart, o qual, para ele, teria forjado a expressão mais apurada daquela filosofia. Partindo de uma crítica estrutural ao modelo de regras de Hart e à sua necessidade de teste para validade, e da suposta existência de uma regra de reconhecimento, Dworkin pretende demonstrar o quanto esse modelo é insuficiente para dar conta da complexidade de diversos casos concretos que se apresentam no cotidiano dos tribunais.

Sempre pautado em exemplos factíveis, Dworkin procura refutar as proposições de outros pensadores que o contradizem, como Raz e Sartorius. Nessa proposta de um novo modelo de regras, outro aspecto bastante abordado por ele são os limites do poder decisório do juiz. Através da exploração dos contornos desse poder, Dworkin quer demonstrar o quão o modelo positivista é irreal e falacioso.

Para Dworkin, considerar que os princípios integram o direito tanto quanto as regras é fundamental para a efetivação dos direitos fundamentais. Como essa proposição contraria o normativismo, ele é enfático ao preconizar que, para levarmos os direitos a sério, precisamos nos despojar de toda a mitografia positivista.

Dworkin inicia sua abordagem questionando o conceito de “obrigação jurídica” que fundamenta todas as reivindicações no campo do direito. Para ele, trata-se de uma conceituação frágil, inidônea a sustentar o sistema de direitos e a prestação jurisdicional. Assim, “obrigação” ou mesmo “direito” não passam de enunciados técnicos, sem necessária correspondência com a veiculação de preceitos morais. Não somos capazes de definir o que é um “direito” ou por que alguém descumpriu uma “obrigação jurídica”, pelo que, tanto a tutela de garantias quanto a sanção pelos descumprimentos, operam no âmbito técnico ou supersticioso, assentadas sobre esses mitos conceituais. O conteúdo real desses conceitos está na prática política e, pra ele, as tentativas dos

* Mestranda em Direito pela UNESP; Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos; Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Humanos vinculado ao NEV/USP

nominalistas de substantivarem definições jamais atravessam o imaginário dos juízes ou pautam qualquer decisão judicial.

Embasado em casos concretos de Cortes norte-americanas, esclarece que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à natureza da orientação que oferecem para decisões acerca de obrigações jurídicas em casos particulares. As regras operam na lógica do “tudo-ou-nada”, já que a solução que preconizam deve ser aplicada (então, são válidas), ou não servem para a decisão (então, são inválidas). Já os princípios não pretendem estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, apenas enunciam uma razão que conduz o argumento a certa decisão, que se verificará no caso particular. Ademais, os princípios possuem uma dimensão ausente nas regras: peso e importância. As regras são funcionalmente importantes ou desimportantes, não podendo ser sopesadas; se duas delas entram em conflito, uma será necessariamente declarada inválida. Os princípios, por sua vez, podem ser cotejados com outros princípios e regras, atribuindo-se-lhes o peso conforme sua importância.

Por sua vez, o conceito de poder discricionário que orienta os positivistas está limitado pela linguagem ordinária; conquanto, trata-se de um conceito relativo. Empregamos o poder discricionário no sentido fraco quando o contexto somente não é suficientemente esclarecedor. Destaque-se que o sentido forte desse poder não é sinônimo de licenciosidade ou personalismo, ou seja, o poder discricionário não escusa uma decisão de olvidar o bom-senso, a equidade e a eficácia.

Os princípios que os juízes invocam guiam suas decisões. Porém, para manter seu modelo de regras, os positivistas argumentam que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, não podem prescrever um resultado particular e não podem valer como lei. Conquanto, Dworkin afasta todos esses argumentos, afirmando que não há nada no caráter lógico de um princípio de o impeça de ser vinculante, pois sempre aponta uma direção (apesar de não prever situações específicas).

É possível que um juiz altere uma regra em nome de um princípio. Para isso, é preciso que haja alguns princípios mais importantes do que outros, suportando a decisão do juiz, que não pode partir de suas preferências pessoais, sob pena da perda de obrigatoriedade de todas as regras. Assim, uma regra é obrigatória quando sustentada por princípios que os juízes não têm a liberdade de desconsiderar. Tanto princípios quanto políticas são padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, que regulam suas decisões sobre direitos e obrigações, fixando os limites e a aplicabilidade das regras.

Para Dworkin tratar os princípios como direito significa, necessariamente, rejeitar a doutrina positivista, abrindo-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por um conjunto de princípios. Diz que as proposições do positivismo são equivocadas e precisam ser abandonadas porque é errôneo supor que exista um teste fundamental em todo o sistema jurídico, uma vez que tais testes estão ausentes em qualquer sistema jurídico complexo. Admite a plausibilidade da existência desses testes, desde que se reconheça que, para tanto, além de regras, os juristas invocam os princípios jurídicos. Isso coloca o positivismo em xeque: ou afirma que, quando os juízes invocam princípios, não estão recorrendo a padrões jurídicos, mas apenas exercendo o poder discricionário; ou demonstra que os juízes olvidam a diferença entre regras e princípios.

Para Dworkin, a teoria precisa admitir que alguns fenômenos concernentes a uma regra normativa não podem simplesmente ser explicados pela invocação de uma regra social. Uma comunidade possui moralidade concorrente quando seus membros estão de acordo quanto a firmar a existência de uma mesma regra normativa; e, uma

moralidade convencional quando opera a partir de um acordo de vontades. No primeiro caso, as condições descritas por Hart estariam satisfeitas; mas, no segundo, a teoria da regra social precisaria ser mitigada.

Ainda assim, para Dworkin, a teoria da regra social não se coaduna nem mesmo a uma moralidade convencional, por não explicar o fato de que, mesmo quando a comunidade considera verdadeiro dever uma prática social, seus integrantes podem divergir quanto à abrangência desse dever.

Dworkin, por fim, admite a possibilidade de que o dever judicial seja um caso de moralidade convencional, mas sem uma regra social que estabeleça seus limites. Uma apresentação coerente do direito dá espaço para a coexistência de princípios e regras. Aos olhos de Dworkin, aparentemente, Hart não nega isso, pois, apesar de só falar em “regras” terminologicamente, pode estar tratando no sentido *lato*, incluindo os princípios, de modo que a regra de reconhecimento poder ser complexa, composta por diversos critérios hierarquicamente ordenados. Por isso, Dworkin questiona onde estaria seu desacordo com Hart, já que aceita a tese dele de que todo sistema jurídico necessita de um teste fundamental para identificar regras e princípios. O que Dworkin nega é a existência de uma regra fundamental que reduza o teste fundamental complexo a uma regra simples, porém, reconhece que esse reducionismo não está necessariamente presente em Hart.

Tentando reparar eventuais equívocos quanto sua crítica ao positivismo, Dworkin retoma suas teses: uma, que descreve o comportamento social através do conceito de regra social, e a outra, através do conceito de regra normativa. Salienta que uma das mais importantes contribuições de Hart à tradição positivista seria sua teoria de que uma regra social de reconhecimento está presente em todos os sistemas jurídicos. A tese normativista parece bem fantasiosa para Dworkin, pois a aceitar seria admitir que os juízes têm o dever de reconhecer como direito somente as leis escritas, não importando se é por meio delas que chegam à sua decisão. Haveria, ainda, uma terceira tese, segundo a qual os juízes aceitariam alguma regra ou teoria que regesse seu dever de levar em consideração outros padrões como sendo padrões jurídicos.

No modelo de regras de Dworkin, o maior problema reside em seu afã por definir o que são princípios e diferenciá-los das chamadas regras jurídicas. O cerne de sua abordagem procura o conceito de princípio, diferenciando-o das regras jurídicas, a partir de uma crítica da regra suprema de reconhecimento de Hart, a qual, para Dworkin, é incapaz de prever todas as possibilidades das decisões judiciais. A premissa positivista de Hart, de que o direito é um conjunto de regras primárias e secundárias, para Dworkin, merece revisão, para quem o direito é também constituído por princípios, além das regras.

A dificuldade de conceituar o que é um princípio, no entanto, força Dworkin a fazê-lo a partir de uma definição negativa, através da comparação com as regras. Sua definição de princípio, portanto, estabelece aquilo que um princípio não é, englobando também a noção de diretriz política que diz respeito a uma norma cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade. Os princípios constituem normas cujo respeito é um requisito de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Segundo Dworkin, a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica, já que ambos são conjuntos de normas que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas numa circunstância específica, com singular diferença no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios, embora se assemelhem às regras, não indicam uma consequência legal no caso de sua não aplicabilidade.

Para Dworkin, o positivismo é falho e precisa ser abandonado, por se resumir a um modelo voltado para um sistema de regras, que ignora papéis importantes desempenhados por outros fatores, aos quais ele denomina genericamente “princípios”. Quando ele mesmo reconhece não estar tão em desacordo com Hart assim, na realidade, depara-se com uma crise teórica importante. Apesar de seu esforço conceitual, Dworkin não é capaz de romper com o referencial teórico lógico-formal da racionalidade moderna e acaba reproduzindo uma forma reformulada de positivismo.

Ao construir o conceito de princípios e afirmar que estes devem compor o direito tanto quanto as regras, Dworkin não se desvencilha da necessidade de subsunção de fatos a uma norma, ainda que compreendida num sentido mais amplo, abrangendo regras e princípios. Eis o normativismo posto, numa releitura da regra de reconhecimento de Hart ou da metáfora da moldura de Kelsen. Dworkin aceita claramente a tese de Hart de que todo sistema jurídico necessita de um teste fundamental para identificar regras e princípios, negando somente a existência de uma regra fundamental que reduza o teste fundamental complexo a uma regra simples.

O que Dworkin afasta é que a validade das normas advenha apenas do fato de terem sido concebidas por outra norma. E esse é o único aspecto em que ele realmente rompe com o positivismo, pois afirmar que há outros mecanismos de conferir validade a uma norma e que os princípios devem ser cotejados com as regras não afasta a proposição reducionista de que direito é norma e de que as decisões devem ocorrer nos limites dela. Assim, ao tratar o poder discricionário, Dworkin não contraria os positivistas, afirmando apenas a necessidade de compreensão desse poder como a possibilidade de se interpretar regras e sopesar princípios.

Porquanto, sem olvidar o mérito teórico da contribuição de Ronald Dworkin, apreende-se de sua teoria, atrelada a conceitos lógicos e à tradição diletante da filosofia do direito, que o apego necessário do direito a um conjunto de regras, sejam quais forem suas características, mecanismos de validade ou formas de elaboração, sempre nos colocará frente a uma encruzilhada teórica de difícil saída, pois, enquanto dependermos das normas (sejam como forem), será muito difícil levar direitos a sério.