

A Teoria dos Casos Difíceis no Direito - Uma Visão à Luz dos Ensinamentos de Herbert Hart e Ronald Dworkin

Cleyson de Moraes Mello*
Cleverson Linhares de Jesus**

Introdução

O nosso mestre Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior vem-se ocupando, nos últimos tempos, da problemática relativa às antinomias e conflitos de princípios, relacionando-os à Teoria dos Casos Difíceis no Direito. Trata-se, sem dúvida, de iniciativa pioneira que deve ser estudada, até mesmo porque representa um esforço desenvolvido com vistas a facilitar o processo decisório jurídico.

O presente artigo tem por objeto a apresentação, em linhas gerais, da "Teoria dos Casos Difíceis" no Direito e será desenvolvido da seguinte forma: na primeira parte será focado o significado de casos difíceis; a seguir, serão apresentadas a Teoria de Herbert Hart e a de Ronald Dworkin a esse respeito; e, por fim, enfrentar-se-á a solução de um caso prático à luz destes ensinamentos.

O que é um caso difícil no Direito?

Segundo César Rodríguez, autor colombiano, em sua obra *La decisión judicial*,¹ um caso é difícil quando: os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia); dois ou mais princípios colidem; não existe nenhuma norma aplicável (anomia - lacuna), ou mesmo que exista a norma, e seja clara, seja injusta; e, finalmente, um caso é difícil quando mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modificar.

A Teoria Hartiniana acerca dos Casos Difíceis

O maior interesse pelos estudos do jusfilósofo inglês Herbert L.A.Hart é decorrente dos profundos debates sobre interpretação constitucional, bem como o surgimento dos poderes dos tribunais constitucionais, especialmente o da Espanha, estabelecido em 1978, e do Tribunal Constitucional Colombiano, em 1991.

A origem e desenvolvimento da teoria hartiniana encontram-se diretamente relacionados ao problema mais inquietante da Teoria Jurídica, qual seja: "O que é o direito ?", haja vista a grande dificuldade em diferenciar o direito com os sistemas de regulação social (moral, costumes etc).

A Teoria Hartiniana, utilizando-se de ferramentas como a filosofia analítica (estudos de J.L.Austin e Ludwig Wittgenstein), tenta explicar qualquer sistema jurídico vigente de uma sociedade contemporânea complexa. É um estudo descritivo, na medida em que é moralmente neutro, e não tem propósitos de justificação, ou seja, não procura justificar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem em sua exposição geral do direito.

O estudo da teoria hartiniana pode ser apresentado a partir de, pelo menos, duas características principais:

a) seu propósito não é dar uma significação da palavra direito e, sim, descrever a estrutura característica de um sistema jurídico contemporâneo; e

b) sua atenção é centrada na prática social, isto é, na forma em que as pessoas atuam nas situações reguladas pelo direito e a linguagem que se valem para referir-se a elas.

Regra de Reconhecimento

Segundo César Rodríguez,² Hart estabelece a distinção entre regras primárias e secundárias. As regras primárias impõe deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos indivíduos. As regras secundárias foram classificadas por Hart da seguinte forma:

a) Regras de Câmbio - Proporcionam aos particulares e legisladores a criação das regras primárias;

b) Regras de Adjudicação - São normas sobre o exercício da função judicial;

c) Regra de Reconhecimento - Esta tem uma importância particular na teoria jurídica de Hart, onde representa um dos pilares da reconstrução do positivismo. É a possibilidade de identificar o direito vigente em uma sociedade a partir de um parâmetro independente da moral.³

A base para a tese de Herbert Hart sobre a interpretação do direito e as decisões judiciais nos casos difíceis é a constatação lingüística inicial, onde a precisão da linguagem humana, em especial, a linguagem jurídica, é limitada.

Ainda, segundo o professor César Rodríguez,⁴ o tipo mais freqüente de caso difícil é aquele no qual a norma aplicável é de textura aberta, ou contém uma ou mais expressões lingüísticas vagas, como diria Hart. A "textura aberta" da linguagem se acentua no campo das regras jurídicas por razões fundamentais:

a) as regras jurídicas não estão dirigidas a pessoas ou coisas particulares, senão a classe de pessoas ou coisas. Consoante exemplo do professor colombiano, as normas sobre trânsito não se referem ao automóvel de "fulano de tal", mas, sim, a veículos e condutores; e

b) as regras permanecem vigentes durante períodos largos e, portanto, se aplicam a situações que não podem ser previstas no momento de sua criação.

Neste passo, cabe a pergunta: "Como se interpretam as palavras de textura aberta ?"

Hart propõe utilizar a técnica da analogia para solucionar esses casos difíceis de interpretação. Assim, vejamos: Toda expressão lingüística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. Nesta estariam localizados os casos difíceis de interpretação, naquele, os casos fáceis de interpretação (caso em que todos os intérpretes estariam de acordo no que a expressão se aplica, ou não).

Analisemos a seguinte regra: "Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude. (artigo 215 do Código Penal Brasileiro)" Todos estariam de acordo que as autênticas prostitutas não poderiam integrar o elemento normativo do tipo. Logo, prostitutas não estariam compreendidas no núcleo da expressão mulher honesta. Agora vejamos: "Estariam compreendidas as adúlteras, amantes e atrizes de cabaré na expressão mulher honesta ?" É fora de dúvida que encontraríamos intérpretes a favor da inclusão e outros não. Destarte, mulheres adúlteras, amantes e atrizes de cabaré estariam inclusas na zona de penumbra da expressão mulher honesta. Segundo Hart, esses casos difíceis podem ser resolvidos com base em um critério aproximativo, isto é, no referido exemplo, para decidir se estas estão incluídas na expressão mulher honesta devemos examinar se estas não se parecem, em aspectos relevantes às prostitutas. Um outro exemplo de textura aberta é encontrado na controvérsia em torno do exato sentido da expressão "justa causa", em especial, no processo penal.⁵ O Professor José Frederico Marques⁶ observou que "em todas as hipóteses enumeradas nos incisos II a VII do mencionado artigo 648, registra-se a falta de justa causa. Funciona, portanto, o item número I, como norma genérica ou de encerramento, porquanto toda coação antijurídica, que não se enquadre nos demais itens do artigo 648, será subumível no preceito amplo em que se fala de justa causa." A expressão justa causa, como todo o conceito de amplitude incontrolada, presta-se a um grande número de interpretações.⁷ Assim, doutrinadores, juízes e tribunais concorrerão de maneira preciosa para que se chegue a uma melhor compreensão da vaga expressão.⁸ Mais um exemplo pode ser identificado na regra do artigo 692 do Código de Processo Civil: "Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil." Inexiste critério apriorístico do que seja, afinal, "preço vil". Logo, o valor grandemente inferior ao estimado na avaliação do bem a ser arrematado estaria compreendido no núcleo da expressão preço vil. E quanto aos valores compreendidos até 30 ou 40% abaixo do valor de avaliação do bem? Estes valores estariam inclusos na zona de penumbra da expressão preço vil.

Como se resolvem os casos difíceis para Hart ?

Para o jusfilósofo inglês Herbert Hart, a decisão dos casos difíceis exige uma interpretação razoável: os juízes devem usar a discricionariedade para escolher a interpretação que consideram a mais apropriada. Quando a regra aplicada é imprecisa, o juiz não tem outra saída a não ser escolher, prudentemente, a opção que considerar mais adequada. Vale ressaltar que, nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está aplicando o direito, eis que as regras não lhe indicam uma ou outra direção, senão criando o direito para caso concreto.

A verdade para Hart se encontra no ponto médio entre o formalismo e o realismo. Nos casos fáceis, o formalismo é o mais adequado, tendo em vista que basta um silogismo para conectar a norma à solução (presente na maior parte dos litígios). De outro modo, nos casos difíceis a posição realista é mais adequada. O juiz não conta com normas precisas, deve, pois, eleger entre as alternativas razoáveis. Ainda, segundo o autor inglês, a existência de casos excepcionais permite que o direito cumpra uma de suas funções: deixar uma margem de flexibilidade para regular as relações sociais, permitindo considerar as circunstâncias do caso concreto.

Vale lembrar que esta discricionariedade não está ao bel prazer do magistrado. Estes, quando utilizarem a discricionariedade para solucionar um caso difícil, devem considerar as seguintes "virtudes judiciais", a saber:

- a) imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas existentes, considerando, sempre, os interesses de todos os afetados no conflito;
- b) uma preocupação por desenvolver algum princípio geral aceitável com base razoável para esta decisão; e
- c) realizar uma "ponderação" e um "balanço" em seu esforço de fazer justiça em meio aos interesses do conflito.

Conforme ensinamentos de Mauro Cappelletti,⁹ "a diferença do juiz para o legislador não está no conteúdo de suas decisões, senão no procedimento utilizado para chegar a elas." Os juízes estão obrigados a atuar como terceiros imparciais dentro de um processo, obrigação que não existe no caso dos legisladores quando da produção de leis.

A Teoria de Ronald Dworkin acerca dos Casos Difíceis

Ronald Dworkin, norte-americano, considerado "oggi fra i piú eminenti scrittori di giurisprudence nel mondo alglosassone",¹⁰ representa um dos mais poderosos críticos dos fundamentos da Teoria Jurídica de Herbert Hart.

A análise da estrutura das normas jurídicas revela que estas são de duas espécies: princípios e regras jurídicas. A distinção entre ambos é mormente de caráter lógico. As regras operam dentro de um esquema de "tudo ou nada", isto é, ou a regra é válida e o resultado que prevê deve ser alcançado no caso concreto ou é inválida e não tem nenhuma incidência no caso. Esta lógica do "tudo ou nada" impossibilita a coexistência de regras contrárias no mesmo sistema jurídico. Diferentemente, os princípios não seguem a referida lógica, o seu

resultado é uma proteção. O princípio não estabelece um nexo direto entre os fatos e sua conclusão jurídica. Desse modo, pode-se dizer: as regras são conclusivas e, os princípios, não conclusivos. Outra distinção não menos importante entre princípios e regras é que aqueles possuem uma dimensão do peso ou da importância ausente nestas. Quando as regras entram em conflito, não tem sentido dizer qual delas apresenta maior importância no caso concreto. As únicas perguntas que fazem sentido são: "Uma regra derroga a outra?" ou "Uma regra excepciona a outra?". Uma resposta afirmativa de uma delas resolve o dilema. Finalmente, Dworkin formula uma distinção adicional entre dois tipos de princípios: políticas e princípios em sentido estrito. As políticas buscam proteger um objetivo coletivo, tais como segurança nacional e crescimento da economia, enquanto os princípios em sentido estrito buscam defender um direito individual.

Dworkin dirige sua crítica preferencialmente contra a afirmação de que os juízes possuem poder discricionário no processo decisório judicial dos casos difíceis no direito. Sustenta que as partes de um processo têm direito a obter uma solução de acordo com o ordenamento jurídico preexistente. Durante 15 anos (1963/ 1977), Dworkin publicou uma série de artigos que desenvolviam, em especial, esta idéia, estendendo sua crítica, também, aos demais pilares da Teoria de Hart. Estes artigos, juntamente com outros temas de filosofia política e moral, foram compilados no livro *Taking Rights Seriously*, publicado em 1977.

As primeiras críticas de largo alcance elaboradas por Ronald Dworkin, consoante César Rodríguez,¹¹ destinam-se a minar os três alicerces do positivismo. São elas:

HART	DWORKIN
O direito é um conjunto de regras identificadas por uma única regra de reconhecimento.	Existência de princípios. Estes não podem ser identificados mediante uma regra social de reconhecimento.
Quando não existe uma regra claramente identificada, os juízes têm discricionabilidade para decidir o caso.	Os juízes não possuem discricionabilidade; devem aplicar os princípios vigentes em um sistema jurídico.
Direitos e obrigações derivam somente de regras jurídicas, cuja validade é afirmada pela regra de reconhecimento.	O juiz reconhece na sentença quem tem razão pela existência de princípios.

Importa destacar que alguns autores têm afirmado que não há desacordo entre Hart e Dworkin. Joseph Raz¹² afirma que a Teoria de Hart nunca negou a existência de princípios, ou seja, quando Hart fala de regras, pode-se compreender, sem detrimento para o corpo geral de sua teoria, que ele se refere também a princípios. As propostas de Hart e

Dworkin seriam linhas paralelas que nunca se cruzam, mas se complementam.

Para Dworkin, o direito, opostamente a afirmação positivista, não é conceitualmente independente da moral, ou seja, não é possível identificar o conteúdo do direito - regras e princípios - sem socorrer-se da moralidade política. A descrição de regras e princípios é imprescindível de sua justificação à luz da moral e da comunidade. Isto implica, por sua vez, numa evidente ampliação do conceito de direito. No debate interpretativo, deve-se utilizar argumentos descritivos e argumentos justificativos.

Grosso modo, os conceitos de direito para Hart e Dworkin diferem-se, posto que, para este, é ampliativo; para o outro, restringido. Esta diferenciação é muito importante para a solução dos problemas tradicionais da teoria do direito, como o relativo ao status jurídico de normas injustas. Assim sendo, enquanto que para Hart uma norma pertence ao ordenamento jurídico por cumprir os requisitos de validade, ainda que seja injusta (resultante da separação conceitual entre direito e moral), Dworkin sustenta a união conceitual de direito e moral, isto é, uma norma que estabeleça um sistema escravocrata é tão injusta que não pode ser considerada parte do direito, ainda que cumpra os requisitos de validade. A referida norma faz parte do direito do ponto de vista descritivo, mas não do ponto de vista valorativo, pelo menos em uma comunidade democrática.

A prática jurídica é essencialmente interpretativa, sendo esta interpretação construtiva comum a todos os âmbitos sociais. Dworkin sustenta que o processo de interpretação das práticas jurídicas é composto de três fases:

- a) 1a Fase - Preinterpretativa: O intérprete identifica as regras e princípios que fazem parte dessas práticas jurídicas;
- b) 2a Fase - Interpretativa: O intérprete deve oferecer uma justificação moral e política dos elementos dessa prática; e
- c) 3a Fase - Pós-Interpretativa: O intérprete formula reformas à prática jurídica existente.

Interessante notar neste ponto que Dworkin aceita que toda discussão sobre o direito deva existir sobre a base de um acordo geral da comunidade, acerca das regras e princípios que conformam as práticas jurídicas, isto é, a justificação (2a fase) só pode haver se existe um acordo mínimo sobre o que se deve justificar. Desse modo, Dworkin aceita a existência de alguma forma de "regra de reconhecimento" social no nível preinterpretativo (1a fase).

A teoria do direito, para Dworkin, deve satisfazer as três fases como parte de um processo unitário. De acordo com esta teoria, os cidadãos têm o direito a que todas as decisões judiciais estejam baseadas em princípios aplicados de maneira consistente. O direito como integridade exige que os casos similares sejam tratados de maneira similar, condenando, portanto, as sentenças fundadas em decisões caprichosas. A integridade constitui um critério valorativo de identificação de normas jurídicas. Destarte, em um caso concreto, os princípios e as regras que proporcionam a solução correta são aqueles que resultam da interpretação que ofereça uma melhor justificação política e moral. Dentro do modelo dos

princípios, o juiz está comprometido com o ideal político de integridade. A Teoria do Direito como integridade dilui os dilemas derivados do positivismo.

A Solução de um Caso Prático à luz dos ensinamentos de Hart / Dworkin

O caso prático a ser analisado refere-se à responsabilidade penal objetiva e, em especial, à apropriação indébita em leis especiais. Assim vejamos:

Lei 8.212, de 24/07/91

Artigo 95 - Constitui crime:

....

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público;

....

....

§ 3º - Consideram-se pessoalmente responsáveis pelos crimes acima caracterizados o titular de firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participado da gestão de empresa beneficiada, assim como o segurado que tenha obtido vantagens. Segundo Damásio Evangelista de Jesus,¹³ a responsabilidade penal objetiva significa atribuir um crime e aplicar uma pena a quem não se mostrou culpado na prática do fato, ou seja, é imputar um crime a quem não o cometeu.

A responsabilidade penal no Brasil é, em regra, pessoal e não objetiva. É fundada no dolo na culpa e na culpabilidade e refere-se a quem efetivamente praticou o fato com dolo ou culpa e mostra-se merecedor do juízo positivo de culpabilidade.

Não é dado a ninguém responder por crime simplesmente por ser sócio, gerente, diretor ou administrador da empresa. Não existe responsabilidade penal por fato de outrem só porque este administra determinada empresa. No exemplo apresentado, poderia ter deixado de recolher, na época própria, a contribuição referente à seguridade social um empregado, contador ou até mesmo uma empresa de contabilidade terceirizada.

No direito penal, culpa e dolo não se comunicam entre as pessoas. Cada uma responde pelo seu ato, na medida de sua culpabilidade. A responsabilidade objetiva, admitida na esfera civil, é proibida no âmbito penal. Naquela, o superior ou administrador responde pelo ato do subordinado; nesta, somente se agiu com dolo ou culpa. Além disso, vale ressaltar que não há participação culposa em crime doloso. Assim, se doloso o crime do empregado, não responde o diretor, gerente ou sócios a título de partícipe culposo só pela circunstância de aquele estar desenvolvendo suas ordens.

O crime tipificado acima, referente à Lei 8.212/91, é de apropriação indébita. Vejamos o significado do verbo de ação. Apropriar: do latim *appropriare*. Tomar como propriedade, como seu. Ensejando uma ação própria do sujeito, que é reter objeto que não lhe pertence e

torná-lo de sua propriedade.

Assim sendo, seguindo a nossa proposta inicial, vamos analisar um caso real em que uma determinada pessoa jurídica deixou de recolher contribuição proveniente da Seguridade Social arrecadada de seus segurados, tipificado na alínea 'd', do artigo 95 da Lei 8.212/91, à luz das teorias jurídicas de Hart e Dworkin e dar-lhe solução no âmbito delas. Vamos admitir superadas as questões de admissibilidade do inquérito e de propositura da ação penal.

No exemplo em tela, pode-se constatar um conflito entre uma regra e um princípio. A regra estabelecida na alínea 'd' do artigo 95 c/c seu § 3º da Lei 8.212/91 colide com o princípio da intranscendência ou de personalidade da pena.

Segundo Zaffaroni,¹⁴ a pena é uma medida estritamente pessoal, até mesmo por consistir na função ressocializadora do apenado. Por essa razão, a nossa Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no seu artigo 5º, inciso XLV, dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido."

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - "Pacto de San José de Costa Rica - 1969 estabelece no seu § 3º do artigo 5º que a "pena não pode passar da pessoa do delinqüente".

Como se resolve este tipo de conflito?

Prevalece sempre a regra por ser mais específica, ou o princípio por ter maior peso relativo?

Como decidiram Hart e Dworkin?

Seria inconstitucional o dispositivo expresso no artigo 95, § 3º da Lei 8.212/91?

Podemos visualizar o referido dispositivo sob duas perspectivas:

1ª Corrente	2ª Corrente
Inconstitucionalidade do dispositivo Apoio: Princípio da Intranscendência Fundamentos:	Constitucionalidade do dispositivo Apoio: Princípio da Legalidade Fundamento:
a) artigo 5º, XLV, CRFB/88 ("nenhuma pena passará da pessoa do condenado...")	a) artigo 5º, XXXIX, CRFB/88 ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal")
b) impossibilidade de admissão do direito penal pessoal objetivo	b) proteção do erário público

Solução de Hart para o caso prático:

- a) Tanto a tese que defende a inconstitucionalidade como a que defende a constitucionalidade contam com o apoio do texto constitucional. Não crê que haja uma única solução correta para o caso. São soluções razoáveis.
- b) Não existe uma resposta correta para o caso e a sua decisão é a que considera mais aconselhável, de acordo com as preferências morais e políticas.

Solução de Dworkin para o caso prático:

É neste ponto que Hart termina a sua análise e Dworkin começa a sua segunda fase interpretativa.

Pergunta-Guia: "Qual é a solução que melhor justifica os princípios constitucionais?"

Dworkin deve optar pela resposta que se funda em princípios mais valiosos desde o ponto de vista moral e político.

Neste ponto Dworkin realiza uma distinção adicional entre dois tipos de princípios, a saber:

Políticas - Buscam proteger um 'objetivo coletivo', um interesse geral, in casu, a proteção do erário público. Sua justificação se encontra no bem-estar da comunidade em seu conjunto.

Princípios em Sentido Estrito - Buscam defender um direito individual, in casu, a proteção de que a responsabilidade penal seja pessoal e não objetiva e a pena não passe da pessoa do condenado. Sua justificação é do tipo moral, não depende do proveito que a comunidade obtenha para a sua existência.

Para Dworkin, os juízes devem fundar suas decisões em argumentos de princípios verificando, destarte, qual o princípio mais prevalente.

No exemplo em questão, a ponderação não se fará entre a regra estabelecida no artigo 95, § 3º da Lei 8.212/91 e o princípio da intranscendência, mas, sim, pela ponderação entre este e o princípio que fundamenta aquela regra. Neste passo:

Regra	Princípio
artigo 95, § 3º da Lei 8.212/91 --- ---	Princípio da LegalidadeObjetividade Jurídica: Tutela do erário público (patrimônio)
Versus	
	Princípio da Intranscendência

(maior peso relativo)

A solução de Dworkin, ao estabelecer maior peso relativo ao princípio da intranscendência, é resultado de a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dar prevalência aos direitos e garantias individuais, haja vista a posição geográfica destes frente aos do Sistema Tributário Nacional (houve uma modificação nesta posição em relação à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional de 1969).

Finalmente, para Dworkin, a proteção ao princípio da intranscendência milita em favor da inconstitucionalidade do dispositivo elencado no artigo 95, § 3º da Lei 8.212/91, sustentando ser esta a única resposta correta em perfeita harmonia com a Teoria da Integridade do Direito.

Referências Bibliográficas

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Teoria Jurídica e Novos Direitos, Lumen Juris, 2000.

RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial, de H. Hart y Ronald Dworkin. Santa-Fé de Bogotá. Colômbia, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. Novíssimas Questões Criminais, Saraiva, 1999.

MONTEIRO, Samuel - Dos Crimes Fazendários - Tomo I, Hemus, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique - Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral - RT, 1997

*Mestrando em Direito da UNESA
Assessor Jurídico da Fundação Vale do Rio Doce
Advogado militante no Rio de Janeiro
Engenheiro

**Mestrando em Direito da UNESA
Aluno dos cursos livres de Doutorado do IMPA
Bacharel em Matemática pela UFRJ
Mestre em Física pela UERJ
Operador de Processamento da Petrobrás
Advogado militante no Rio de Janeiro Estácio de Sá

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo15.htm>

Acesso em: 11 de agosto de 2007