

POLÍTICAS, PRINCÍPIOS E DECISÃO JUDICIAL*

POLICIES, PRINCIPLES AND ADJUDICATION

AUTOR

Herbert Lionel Adolphus Hart**

TRADUTORES

Maria Fernanda Rosa***

Rafael Lazzarotto Simioni****

Jéssica Pereira Arantes Konno Carrozza*****

RESUMO

Um artigo inédito de H.L.A. Hart, um dos maiores expoentes da filosofia do direito no século XX, foi recentemente descoberto entre os documentos pessoais de Ronald Dworkin, figura central no debate jurídico-filosófico com Hart. Este ensaio apresenta uma resposta detalhada e crítica a aspectos fundamentais do trabalho de Dworkin, abordando temas como a relação entre argumentos de política, princípio e decisão judicial no âmbito da teoria do direito. A edição do ensaio foi realizada por Samuel Burry, que discute as origens, o contexto histórico e a relevância do manuscrito em “HLA Hart's Lost Essay on Policies, Principles, and Adjudication,” publicado na *American Journal of Jurisprudence* (Vol. 69, 2024). A presente publicação marca a primeira tradução do ensaio para o português, realizada especialmente para a revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Essa iniciativa amplia o alcance deste importante debate filosófico-jurídico, proporcionando ao público de língua

* Publicado originalmente em: HART, H.L.A. Policies, principles and adjudication. *The American Journal of Jurisprudence*, 2024, 00, 1-8. Direitos reservados da Oxford University Press e University of Notre Dame (2024). Artigo de acesso aberto sob licença Creative Commons Attribution.

** Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992), conhecido como H.L.A. Hart, foi um dos mais influentes filósofos do direito do século XX. Nascido em Harrogate, Inglaterra, estudou no New College, Oxford, e posteriormente tornou-se membro do *Gray's Inn*, atuando como advogado. Durante a Segunda Guerra Mundial, trabalhou no Serviço de Inteligência Britânico, experiência que moldou sua abordagem analítica e sistemática. Hart lecionou Filosofia do Direito em Oxford, onde sucedeu a John Austin como titular da cátedra de Jurisprudência. Seu trabalho mais famoso, *The Concept of Law* (1961), revolucionou a teoria do direito ao propor uma análise sistemática da natureza das normas jurídicas, introduzindo conceitos como a regra de reconhecimento e a distinção entre regras primárias e secundárias. Ele também contribuiu para debates sobre moralidade, positivismo jurídico e o papel do direito nas sociedades democráticas.

*** Mestranda em Constitucionalismo e Democracia do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, integrante do Grupo Direito e Arte (CNPq/PPGD/FDSM), Taxista da CAPES, Pouso Alegre (MG). E-mail para contato: maferosacontact@gmail.com.

**** Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008), Mestre em Direito pela UCS (2005) e graduação em Direito pela UCS, Professor e coordenador do PPGD/FDSM, Professor do PPGEDUCS/Univás (Mestrado e Doutorado) e Pesquisador-Líder do Grupo Direito e Arte (CNPq/PPGD/FDSM), Pouso Alegre (MG). E-mail para contato: simioni2010@gmail.com.

***** Mestra em Direito pelo PPGD/FDSM com bolsa Capes, Especialista em Direito Constitucional pela FDSM e graduada em direito pela FDSM e em Administração pela FAI. É professora da FDSM-Faculdade de Direito do Sul de Minas e Editora Executiva da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail para contato: jessicarozza@gmail.com.

portuguesa acesso direto a uma peça inédita de um dos debates mais relevantes e influentes da teoria do direito no século XX.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico, Decisão judicial, Debate Hart-Dworkin

NOTA DOS TRADUTORES

Optamos pela tradução da expressão inglesa “adjudication” por “decisão judicial” e não por adjudicação em geral, porque no contexto da linguagem jurídica de língua inglesa a expressão é utilizada para se referir às decisões dos tribunais, conforme, também, o Dictionary of Law da Oxford University. Hart também distingue o *common law* do *statutory law*, motivo pelo qual traduzimos a expressão “statutes” por “leis escritas” ou “legislação”, conforme o contexto, mas preferimos não traduzir a expressão “common law” por “precedentes judiciais” para manter a complexidade do seu sentido original, que não pode ser resumido a precedentes. Outra expressão importante utilizada por Hart é “weighing”, que nós preferimos traduzir por “sopesamento” para não confundir com o balanceamento ou ponderação da tradição da teoria da proporcionalidade alemã. Também traduzimos a expressão “policies” por “políticas” e não por diretrizes políticas ou, mais tecnicamente, “políticas públicas”, em razão do emprego da expressão em Dworkin de modo mais amplo do que o conceito estrito de “políticas públicas”, que ele emprega tanto em seus escritos dos anos de 1960 e 1970, quanto em *Law’s Empire* (1986) para polemizar tanto o pragmatismo de Richard Posner, quanto as referências argumentativas dos tribunais norte-americanos em geral a objetivos políticos. Boa leitura!

POLÍTICAS, PRINCÍPIOS E DECISÃO JUDICIAL

Herbert Lionel Adolphus Hart

Neste artigo, discuto principalmente (em grande parte porque acho que não abordamos o tópico suficientemente) a distinção de Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de política e sua exclusão virtual, embora não completa, dos últimos como fundamentos de decisões judiciais. Penso primeiro que a doutrina geral de Dworkin de que juízes não confiam e não devem confiar, exceto em circunstâncias muito excepcionais, em argumentos de política para decidir casos difíceis é inadequadamente apoiada por argumentos e, de fato, é incoerente nos termos da própria teoria de Dworkin quando se leva em conta o que ele diz sobre discricionariedade forte e fraca. Em segundo lugar, penso que o relato do Professor Dworkin é aqui uma descrição falsa do que os juízes realmente fazem em casos difíceis e é um elemento ruim em sua teoria normativa do que eles deveriam fazer.

Embora as ideias de Dworkin sobre argumentos de política sejam meu tema principal, tenho dois pontos gerais preliminares.

Estas serão observações gerais sobre a teoria de Dworkin, mas também têm uma relação com a questão específica do uso judicial de argumentos de política. O *primeiro ponto* será este: Dworkin desenha um quadro magnífico e fascinante de Hércules no trabalho aplicando sua teoria política justificatória geral das práticas estabelecidas da lei, limpando até mesmo os

estábulo augiano da lei inglesa¹ com a ajuda de sua teoria de erros, que priva algumas decisões legais apenas de sua força gravitacional, deixando-as embutidas, mas paralisadas, de modo que governem apenas casos precisamente semelhantes, enquanto outros, os erros corrigíveis, são tirados de suas bases e não governam de forma alguma. Penso que este quadro tem de fato uma reivindicação séria à atenção dos advogados ingleses, mas como um apelo à reforma das práticas judiciais inglesas estabelecidas, não como uma descrição delas. Pode muito bem ser que os juízes ingleses devam caminhar com mais frequência na direção de Hércules, procurando princípios implícitos no estilo, por exemplo, do julgamento de Lord Atkins em *Donoghue v. Stevenson*, que tanto unem, quanto explicam, as regras separadas existentes da lei e produzem também uma decisão em um caso difícil instantâneo². Mas eu não penso que seria uma coisa boa se os juízes ingleses tentassem ir até o fim com Hércules. Com tudo isso, suas deficiências, eu penso que os métodos bastante intuitivos dos juízes ingleses usando apenas analogias de curto prazo ou princípios de médio alcance e fazendo uma transferência às vezes talvez insensível de conceitos de um ramo do direito para o outro (o que foi tão bem ilustrado nos casos que discutimos de propriedade matrimonial) devem ser preferidos à sua aventura na implantação holística da teoria política justificatória no estilo de Hércules.

Penso que muitos, na verdade a maioria, dos juízes ingleses convidados a seguir Hércules, mesmo como um ideal regulador, teriam dificuldade em identificar ou construir qualquer teoria política ou justificatória geral e poderiam de fato negar ter uma. O melhor que a maioria conseguiria fazer seria apenas uma convicção evolucionária burkeana de que em um sistema legal tão antigo quanto o nosso, práticas judiciais há muito estabelecidas, até mesmo o respeito pela simetria conceitual ou *elegantia juris*, deveriam ser seguidos sem muita investigação sobre sua justificação racional. Os juízes ingleses ficaram bastante perplexos com a insistência de Dworkin de que um juiz, se ele aceita (como eu acho que eles concordariam) as práticas estabelecidas de seu sistema legal, também deve aceitar alguma teoria política geral que as justifique; de modo que ele não apenas deve aceitar que os Atos do Parlamento podem criar direitos e deveres legais, mas que ele deve, como juiz, ter uma justificativa política ou moral da ideia de que as leis escritas podem e criam direitos e deveres. Isso pode soar deplorável e a reforma hercúlea pode muito bem se mostrar salutar no final e reeducar nossos juízes, mas não tenho certeza disso. Há um perigo de juízes sem o benefício do treinamento filosófico se perderem nas grandes abstrações que estão ao alcance de Hércules, e mesmo que haja sempre uma resposta certa e o método de Hércules fosse a melhor maneira de chegar a ela, os juízes ingleses podem fazer uma bagunça maior se eles abandonarem seus modos de pensamento tradicionais.

Mas é claro que o Professor Dworkin não considera sua teoria dessa forma como um mero apelo por reforma, mas como uma descrição do que os juízes realmente fazem: meramente uma nova maneira, ele diz, de descrever o que já sabíamos que eles fazem o tempo todo. Não acho isso nada crível e acho que seu poder persuasivo se deve em parte a uma imagem enganosa

¹ N. T.: Estábulo de Áugias é uma metáfora da mitologia grega, que designa a existência de estábulos enormes e imundos que acumularam excrementos de gados e cavalos por décadas. Esses estábulos aparecem na mitologia de Hércules, pois uma das suas 12 tarefas era limpá-los. No direito inglês essa metáfora era utilizada para simbolizar a ideia da dificuldade de corrigir um sistema carregado de tradições jurisprudenciais, que só um herói como Hércules poderia corrigir ou “limpar”.

² *Donoghue v. Stevenson* 1932 AC 562.

de espantallo da suposta alternativa positivista. O Professor Dworkin diz corretamente que quando leis escritas ou precedentes judiciais falham em dar orientação determinada, os juízes não agem simplesmente deixando de lado seus livros de direito e começam a legislar de acordo com sua concepção pessoal de justiça, utilidade ou moralidade. Em tais casos, eles frequentemente buscam e encontram orientação nas áreas mais amplas da lei existente. O positivista, é claro, não nega isso, mas diz, quer use ou não a linguagem da discricção, que o dever do juiz em casos difíceis é decidir o caso razoavelmente e o que conta como razoável pode variar de sistema para sistema ou em momentos diferentes dentro do mesmo sistema.

Há uma variedade de considerações que, de acordo com a tradição judicial estabelecida, ele deve levar em conta, e outras que ele pode não levar em conta, e uma disjunção de coisas diferentes que ele pode levar em conta. A principal entre essas considerações que ele deve levar em conta é o *common law* existente e os ditames dos juízes; mas no final da linha, embora não no início da linha, ele pode ter que escolher entre considerações concorrentes à luz de sua concepção de justiça ou moralidade ou interesse público. Nas observações miseravelmente escassas que fiz sobre a decisão judicial em *The Concept of Law* (escassas porque naquela ocasião eu estava açoitando outros cavalos, os quais espero que agora estejam mortos), referi-me ao juiz em um caso difícil, onde leis específicas se mostraram indeterminadas, como alguém que adiciona a uma linha de precedentes um novo caso com base em semelhanças que podem ser razoavelmente defendidas como juridicamente relevantes e suficientemente próximas. Afirmo que os critérios de relevância e proximidade dessas semelhanças dependem de muitos fatores complexos que permeiam o sistema jurídico e dos objetivos ou propósitos que podem ser atribuídos a ele. Caracterizar esses critérios é, afirmo, caracterizar tudo o que é específico ou peculiar no raciocínio jurídico. Haverá pontos nos quais a escolha será inevitável, mas ela não é nem arbitrária nem mecânica.

Minha *segunda observação geral* é que a atenção do Professor Dworkin à descrição dos próprios juízes sobre o que eles fazem é altamente seletiva. Ele chama a atenção para o fato de que os advogados argumentam no tribunal e os juízes fundamentam suas decisões com base no pressuposto de que os juízes devem encontrar o direito aplicável ao caso, e não criá-lo. Novamente, ele enfatiza o fato de que as descrições metafóricas dos juízes sobre o que eles fazem em casos difíceis são formuladas em termos de encontrar novas regras “imanescentes ao direito como um todo”, “aplicando uma lógica interna do direito”, e que os juízes se veem como agentes por meio dos quais o direito “opera em si mesma puro” e como se tivesse alguma “vida própria”.³ Mas essas metáforas seriam perfeitamente justificadas por tais formas de atividade judicial como o princípio da vizinhança de Lord Atkin⁴, para unir uma série de regras discretas e fornecer uma solução para o novo caso difícil. Esse estilo de decisão, corretamente admirado,

³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Londres: Duckworth, 1977), 112. Não está claro se Hart pretendia se referir à edição de 1977 ou 1978 de *Taking Rights Seriously*, pois ele não incluiu uma data de publicação em suas referências explícitas ao livro ao longo de seu ensaio, e as citações que ele dá estão localizadas na(s) mesma(s) página(s) em ambas as edições. Para uma discussão mais aprofundada, veja a p. 2 do comentário editorial que o acompanha.

⁴ N. T.: O princípio da vizinhança foi formulado pelo Lord Atkin no famoso caso *Donoghue v. Stevenson* (1932), que se tornou um marco na jurisprudência inglesa e na consolidação do conceito de dever de cuidado (*duty of care*) no direito privado. Esse princípio é central para a teoria da responsabilidade civil por negligência no *common law* e afirma que a responsabilidade pelos danos se estende a todos que estão não só diretamente, mas também proximalmente (*neighbor*) afetados pelo ato causador de danos.

não faz nada para comprometer aqueles que o seguem com o programa hercúleo completo, nada para deslocar a ideia de que seguir esse método às vezes apresentará ao juiz no final da linha princípios rivais entre os quais ele terá que escolher sem nenhuma orientação do direito.

O Professor Dworkin, ao chamar a atenção para a linguagem judicial e para aquelas metáforas que se adequam ao seu argumento, não dá atenção suficiente ao que os juízes dizem sobre esse assunto quando tais declarações não se adequam ao seu argumento. Não só há Holmes com sua famosa conversa sobre juízes exercendo a prerrogativa soberana de escolha sujeita a muitas restrições, de modo que quando ele legisla, ele o faz apenas intersticialmente. Não só há muitas páginas de Cardozo sobre o juiz como legislador, desenhando a mesma imagem do juiz exercendo uma escolha, cujo produto resultante é uma lei que não é encontrada, mas criada, e insistindo que o processo, sendo legislativo, exige a sabedoria do legislador, apesar das muitas restrições das quais um legislador está livre. Na Inglaterra, há a insistência de Lord Macmillan de que em quase todos os casos de apelação seria possível decidir a questão de ambas as maneiras com justificativa jurídica razoável. Talvez mais revelador, porque explica a fraseologia na qual o professor Dworkin mais confia, é Lord Radcliffe que, como o professor Dworkin, estava muito ansioso, como ele diz, que a imagem do juiz como um declarante⁵ objetivo, imparcial, erudito e experiente do direito, não deve ser confundida nas mentes dos homens com a imagem muito diferente do legislador. Ele afirma que os juízes, é claro, têm uma função legislativa, mas “o juiz servirá melhor ao interesse público se eles ficarem quietos sobre isso”, já que ele pode, ao enfatizar isso, causar mais danos à confiança geral no direito como “[...] uma constante[,] segura nas mãos dos juízes” do que se não o fizer.⁶ Sua opinião era a de que as ênfases nas atividades legislativas dos juízes seriam amplamente mal compreendidas na ausência de uma apreciação sofisticada das muitas restrições delicadas e importantes que são de fato impostas a ela; e que diferenciam a produção ou modificação de regras entre juízes e legisladores.

Penso que o Professor Dworkin é culpado de uma atenção seletiva semelhante ao que os juízes dizem que estão fazendo não apenas em questões gerais, mas também em questões específicas de política versus princípio com as quais estou preocupado aqui. Quando confrontado no caso de *D v. NSPCC*, em que os Juízes se recusaram a ordenar a divulgação ao autor do nome de um informante da NSPCC e declararam expressamente que decidiram assim por consideração do interesse público, Dworkin insiste em afirmar que, em tais casos, o que os juízes estão “realmente” fazendo é aplicar princípios de acordo com a tese do direito e sopesar direitos conflitantes: o direito do autor contra os direitos das crianças à proteção contra crueldade.⁷ No entanto, antes que a propriedade dessa interpretação ou revisão da linguagem judicial possa ser determinada, penso que deveríamos primeiro considerar um pouco mais de

⁵ N. T.: no original Hart utiliza a expressão “declarer”, que declara o sentido do direito, como na tradição positivista clássica de Montesquieu como o juiz que opera apenas como “a boca que pronuncia as palavras da lei”. Como o verbo declarar o direito se opõe a constituir ou criar direito, que é o problema da discricionariedade em questão, optamos por manter na tradução a referência à declaração como mera revelação de um direito preexistente.

⁶ Lord Radcliffe, *The Path of the Law* de 1967 (Cambridge, MA, 1968). [Deve-se notar que a declaração original de Radcliffe diz o seguinte: “Pessoalmente, acho que os juízes servirão melhor ao interesse público se ficarem calados sobre sua função legislativa”. Veja Lord Radcliffe, “The Lawyer and His Times,” em *The Path of the Law* de 1967: *Proceedings and Papers* na Harvard Law School Convocation realizada no Centésimo Quinquagésimo Aniversário de sua Fundação, ed. Arthur E. Sutherland (Cambridge, MA: Harvard Law School, 1968, 16.

⁷ *D v. Sociedade Nacional para a Prevenção da Crueldade contra Crianças* 1978 AC 171.

perto o que foi feito e o que, para o Professor Dworkin e, de fato, para nós, conta como argumentos de “política”.

No *Modelo de Regras* publicado em 1967, assim como em um artigo anterior de 1963, tanto as políticas quanto os princípios figuram como partes essenciais dos argumentos judiciais sobre direitos e obrigações legais particulares.⁸ É verdade que a definição de política no *Modelo de Regras* é bem diferente daquela dada em *Hard Cases*,⁹ embora, para os propósitos atuais, eu não ache que essa diferença seja material. A política no artigo anterior é dita como um tipo de padrão “que estabelece uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade”.¹⁰ Os princípios são distinguidos no artigo anterior como requisitos de justiça, imparcialidade ou qualquer outra dimensão da moralidade e não, como no seu texto *Hard Cases*, especificamente como proposições que descrevem direitos como objetivos políticos individualizados.¹¹ Exemplos de política no artigo de 1967 incluem o padrão de que acidentes automobilísticos devem ser diminuídos e também o objetivo de proteger consumidores de automóveis. No caso *Henningsen* discutido por Dworkin, a política de proteção de compradores de automóveis foi sopesada contra o princípio da liberdade de contrato, com o resultado de que uma limitação de responsabilidade escrita em um contrato pelo fabricante que vende um carro foi considerada indisponível para ele.¹² Ainda no artigo do Professor Dworkin sobre *Regras Sociais* de 1972,¹³ princípios e políticas são citados por juízes como argumentos, embora sejam controversos.

Em *Hard Cases* há pela primeira vez a clara doutrina geral chamada Tese dos Direitos, segundo a qual decisões caracteristicamente judiciais em casos civis são e devem ser geradas não por políticas, mas por princípios que asseguram ou respeitam algum direito individual. Embora o Professor Dworkin nos diga que reformulou a distinção entre políticas e princípios, ele não menciona ou explica o assunto mais importante: por que políticas que figuravam nos ensaios anteriores como fundamentos adequados para decisões judiciais são abandonadas em *Hard Cases* como um dos fundamentos característicos da decisão judicial? Presumivelmente, essa mudança foi feita porque somente algum tempo depois de 1972 o Professor Dworkin começou a levar os direitos tão a sério. No entanto, o importante é que em *Hard Cases* pode ser coletada uma lista de argumentos que o Professor Dworkin certamente considera argumentos de política. Uma lista destes (além dos exemplos de redução de acidentes automobilísticos e proteção de consumidores de automóveis mencionados no artigo anterior) inclui o seguinte: (1) fortalecimento da lei criminal pela execução federal em casos de crimes graves nos quais a execução estadual é dificultada; (2) alguma concepção de igualdade, como a de que a riqueza máxima não pode ser maior do que o dobro da riqueza mínima ou que nenhum grupo racial ou étnico pode estar em situação muito pior do que outros; (3) eficiência econômica ou benefício

⁸ Ronald Dworkin, “The Model of Rules,” *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14-46; Ronald Dworkin, “Judicial Discretion,” *The Journal of Philosophy* 60 (1963): 624-38. O primeiro foi reimpresso como capítulo dois de *Taking Rights Seriously*, 14-45

⁹ Ronald Dworkin, “Hard Cases,” *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057-1109. Este artigo foi reimpresso como capítulo quatro de *Taking Rights Seriously*, 81-130.

¹⁰ Dworkin, “O Modelo de Regras”, 23; levando os Direitos a Sério, 22.

¹¹ Dworkin, “O modelo de regras”, 23; “Casos difíceis”, 1068; Levando os direitos a sério, 22, 91.

¹² Dworkin, “O modelo de regras”, 24-25; Levando os direitos a sério, 23-24.

¹³ Ronald Dworkin, “Social Rules and Legal Theory,” *Yale Law Journal* 81 (1972): 855-90. Este artigo foi reimpresso como capítulo três de *Taking Rights Seriously*, 46-80.

econômico agregado; (4) força militar; (5) um método economicamente sábio de distribuir responsabilidade por acidentes; (6) considerações de bem-estar geral ou utilidade do país ou de utilidade marginal para a comunidade como um todo ou compromisso entre objetivos e propósitos individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo.

Três comentários são importantes em relação a esta lista. Primeiro, os argumentos de política não se limitam, embora, como o último exemplo mostra, incluam, o objetivo utilitário completo de maximizar o bem-estar geral definido como a soma de utilidades individuais independentemente de princípios distributivos. Assim como esse objetivo utilitário, as políticas aqui incluem o que talvez possa ser chamado de objetivos ou causas públicas específicas, como eficiência militar ou igualdade, que são coletivas e públicas no sentido de que são certamente amplamente reconhecidas como características desejáveis da vida comunitária a serem buscadas por meio de instituições públicas ou órgãos de governo, como a lei, e em muitos casos podem ser identificadas entre os valores recebidos ou reconhecidos pelo sistema legal. Alguns desses objetivos públicos específicos, como igualdade, são reconhecidos como dignos de busca independentemente de qualquer contribuição que possam fazer para a utilidade geral, outros são reconhecidos como condições ou meios necessários para esse fim.

Talvez, em vista dessas diferenças, não devêssemos rotulá-los todos como "políticas" e uma classificação mais refinada seria esclarecedora. Mas aqui o que importa é que todos eles são objetivos coletivos, não princípios distributivos que descrevem direitos. Uma segunda característica é que Dworkin admite que argumentos de política, incluindo todas as políticas particulares exemplificadas nesta lista, podem ser adequadamente usados por juízes para gerar suas decisões com base na interpretação de leis escritas. Isso ocorre porque, de acordo com a teoria de Hércules, as leis escritas devem ser interpretadas à luz das responsabilidades gerais do legislativo e o legislativo tem o dever geral de buscar o bem-estar público. Lido mais tarde com o relato posterior do Professor Dworkin sobre as condições sob as quais o que parece ser argumento de política pode ser traduzido em argumento de princípio, o terceiro ponto importante a ser observado é que o Professor Dworkin não sugere que, quando as leis escritas são interpretadas por juízes, seu uso declarado de argumentos de política deve ser redescrito como argumentos de princípio descrevendo direitos. Ele não retrata os juízes que interpretam a lei federal que proíbe o transporte no comércio interestadual de uma pessoa ilegalmente detida etc., como chegando à decisão que tomaram com base no argumento de que havia algum direito individual de fortalecer a aplicação da lei penal para certos tipos de crime. Ele também não afirma que no caso de *Charles River* (-) onde ele nos diz que uma interpretação não exclusiva de uma carta foi adotada com base na política de que uma interpretação alternativa era inconsistente com a melhoria e prosperidade do estado (-) que o que realmente gerou sua decisão não foi, afinal, a política, mas o princípio distributivo de que os indivíduos têm direito a uma parte justa dessa melhoria e prosperidade.¹⁴

Fica claro, portanto, que na interpretação das leis uma ampla gama de políticas diferentes é adequadamente usada pelos juízes. *Prima facie*, não parece haver razão para que as mesmas considerações não sejam usadas pelos juízes em casos de *common law* e que, quando o fazem, essas considerações ainda devem ser classificadas como políticas e não como

¹⁴ Dworkin, "Casos Difíceis", 1086n21; Levando os Direitos a Sério, 108n1.

princípios que conferem direitos, especialmente quando os juízes não falam sobre direitos, mas descrevem suas razões em termos do interesse público geral. O que também fica claro é que há, de fato, um número muito grande de casos de *common law*. De fato, como Dworkin disse uma vez sobre princípios, quando identificamos esses casos, repentinamente ficamos cientes de que eles estão por todos os lados.¹⁵

Considere os exemplos a seguir. O caso de *D v. NSPCC*, no qual os tribunais decidiram que o interesse público exigia a recusa ao autor do nome de um informante empregado pela NSPCC. Esse caso foi precedido por uma longa linha de casos¹⁶ nos quais um autor em litígio afirmou o direito à divulgação de informações, inclusive, em alguns casos, a divulgação de documentos em posse de um departamento do governo ou uma agência governamental com deveres legais ou em posse da polícia. Em todos esses casos, a questão do autor ter ou não direito à divulgação de informações foi considerada dependente de se a divulgação prejudicaria seriamente o funcionamento adequado de um serviço público. Foi dito que esse seria o caso se a divulgação fosse prejudicial à defesa nacional ou às boas relações diplomáticas do país ou, no caso da polícia, se prejudicasse a aplicação da lei criminal. Em *Conway v. Rimmer*, o Tribunal reconheceu que tinha que equilibrar a probabilidade e a gravidade do dano ao trabalho da polícia na aplicação da lei criminal contra o direito do autor à divulgação.¹⁷

O Tribunal se viu perfeitamente qualificado para tomar tais decisões de equilíbrio¹⁸, mas decidiu em favor do autor com base no fato de que a divulgação dos documentos específicos naquele caso não seria suficientemente prejudicial ao funcionamento da polícia. Este foi certamente um argumento de política tanto quanto o argumento reconhecido por Dworkin como um argumento de política no caso interestadual de transporte ilegal de pessoa de que a aplicação federal não era necessária para fortalecer a lei criminal. Se naquele caso de interpretação das leis o argumento de política não deve ser redescrito como um argumento de princípio distributivo de que os indivíduos têm direito a uma força policial sem impedimentos na aplicação de alguma lei criminal, não consigo ver por que deveria ser redescrito nos casos de *common law* em que os juízes não falam ou pensam em termos distributivos ao considerar o impacto no interesse público da divulgação.

Ou tome novamente a doutrina no caso de *Riggs v. Palmer* (que Dworkin usou para martelar o positivista azarado em outra questão): o princípio de que nenhum homem lucrará com seu próprio erro.¹⁹ Naquele caso em particular, o princípio foi usado para interpretar uma lei escrita e impedir que um assassino herdasse de sua vítima. Na verdade, no entanto, tanto nos casos ingleses quanto nos americanos, a explicação do juiz sobre esse princípio é que ele é um meio de fortalecer a lei criminal removendo certas tentações de cometer crimes que, de outra forma, estariam presentes. Portanto, é tanto uma política quanto o fortalecimento da lei criminal

¹⁵ Dworkin, “O Modelo de Regras”, 29; Levando os Direitos a Sério, 28.

¹⁶ Veja *Duncan v.* [Deve-se notar que o primeiro caso é convencionalmente referido na prática jurídica como *Woods v. Duncan* [1946] AC 401. *Duncan v. Cammell Laird* é o terceiro título no relatório AC.

¹⁷ *Conway v. Rimmer* 1968 AC 910.

¹⁸ N. T.: Hart utiliza no original a expressão “balancing”, a qual, hoje, também é utilizada para se referir à ponderação no sentido da máxima da proporcionalidade da tradição alemã. Para não confundir o balanceamento com a ponderação de Robert Alexy, optou-se por utilizar a expressão neutra “equilíbrio”, mais próxima à noção de razoabilidade da cultura jurídica inglesa, que é diferente da proporcionalidade alemã.

¹⁹ *Riggs v. Palmer* 115 NY 506 (1889); Dworkin, “O modelo de regras”, 23-24; Levando os direitos a sério, 23.

foi no transporte interestadual de pessoas apreendidas ilegalmente. A doutrina *Riggs e Palmer*, interpretada dessa forma como uma política, tem sido usada em ambos os países em casos de *common law*. Por exemplo, os representantes de um suicida foram impedidos de recuperar um contrato de seguro que previa expressamente o pagamento em caso de suicídio, com o fundamento de que isso eliminaria um incentivo para infringir a lei.²⁰ Mais uma vez, se a eficiência militar é um efeito político, isso foi dado em vários casos, incluindo aqueles²¹ em que as condições associadas para um legado, no qual o legatário não deveria se juntar às forças armadas, foram considerados inválidos com base no interesse público em manter as forças armadas. Novamente, se a distribuição economicamente sensata de responsabilidade por acidentes é uma política, isso também foi efetivado em decisões de *common law* de que um fabricante não negligente de produtos que prejudicam o reclamante deve ser responsabilizado com base no fato de que ele poderia e iria redistribuir aos seus clientes os custos da compensação.

Esses exemplos são apenas alguns dentre muitos. Além desses, muitas outras políticas podem ser reconhecidas entre as razões dos juízes ao decidir casos de direito comum, incluindo a promoção da harmonia familiar, a prevenção do desperdício econômico e a promoção da segurança geral no trabalho.

À luz desses casos, vale a pena considerar novamente a decisão em D contra a NSPCC. Os juízes, nesse caso, descrevem as considerações que eles pensavam justificar a recusa da divulgação do nome de um informante ao autor como exigência de interesse público e declaram expressamente que o interesse público que eles consideravam superar o direito do autor naquele caso era análogo ao interesse público em proteger a identidade dos informantes da polícia. Os juízes nunca se referem aos direitos das crianças como distintos do objetivo geral de proteger o bem-estar das crianças. Parece claro, para mim, que eles estão pensando no mal agregado de uma massa de sofrimento infantil a ser diminuída, não nos direitos individuais das crianças. Assim, Lord Hailsham se esforça para explicar por que isso é considerado um objetivo de política pública. Ele cita a preocupação especial tradicional da Coroa com as crianças como “*parens patriae*”, ao fato de que presentes para o bem-estar infantil são bons presentes de caridade e que a proteção de seu bem-estar foi fornecida por uma série de atos do parlamento. É claro que os juízes poderiam ter chegado à mesma decisão caso tivessem considerado que estavam sopesando, contra o direito do autor à divulgação, o direito individualizado de uma criança à proteção adicional proporcionada pela recusa de divulgar, no litígio, o nome do informante da NSPCC. Mas eles não falam, nem pensam, em termos distributivos e a equivalência extensional do resultado das duas maneiras de pensar certamente não é base para dizer que suas decisões são geradas por seus raciocínios para um princípio distributivo em vez de uma política geral.

Se supusermos que o réu neste caso era a NSPCA e não a NSPCC, e que a proteção contra os danos em questão era a crueldade contra os animais, os resultados poderiam muito bem ter sido os mesmos. Pareceria absurdo supor que a decisão teria que ser contabilizada como

²⁰ Veja *Ritter v. Mutual Life Ins. Co. de Nova York*, 169 US 139 [em 154ff por Harlan J. para o tribunal]; *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1938] AC 586, e por Lord Wright [para o Tribunal de Apelação] em *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1937] 2 KB 197 [em 217-21].

²¹ Por exemplo, *Re Beard* [1908] 1 Cap. 383.

um caso em que os direitos do autor foram superados pelos direitos dos animais ou pelos direitos dos indivíduos na comunidade de que os animais não deveriam sofrer. A posição, sem dúvida, é simplesmente a de que a redução do sofrimento animal é amplamente reconhecida como algo desejável tanto em si quanto por seu efeito na prevenção da disseminação da insensibilidade ao sofrimento, e esta é uma meta institucionalmente endossada por atos do parlamento prevenindo a crueldade contra animais. É uma causa e meta públicas perseguidas sem consideração de seus efeitos distributivos e não vejo razão para que, neste caso hipotético da NSPCA e no caso real da NSPCC, os Tribunais devam ser representados como pensando em termos distributivos.

Minha *primeira objeção* é então que, como esses exemplos mostram, não é o caso de que os Tribunais apenas gerem decisões de *common law* sobre direitos e deveres a partir de princípios que descrevem direitos individuais. Minha *segunda objeção* é o ponto bem diferente de que o Professor Dworkin realmente não apresenta razões coerentes pelas quais os juízes não devem recorrer a argumentos de política para gerar suas decisões. Seus primeiros pensamentos publicados no texto *Model of Rules*, permitindo isso, parecem-me ser preferíveis aos seus segundos pensamentos, que foram expostos como a tese de direitos em *Hard Cases*.

Acho importante, ao considerar essa objeção, observar que, em um momento em que ele pensava que as políticas poderiam figurar adequadamente em argumentos judiciais em casos de *common law*, o Professor Dworkin rejeitou vigorosamente a ideia de que os juízes sempre exerceram uma forte discricção e desse artigo de fé ele nunca vacilou. Portanto, para ele, admitir argumentos de política não implica admitir forte discricção. Isso não é verdade apenas para um estrato anterior, agora descartado, de seu pensamento. Tenho certeza de que ele não gostaria de dizer que quando os juízes interpretam uma lei por referência a políticas, como de acordo com sua doutrina mais recente, eles podem fazer isso adequadamente e chegar à conclusão por meio do exercício de discricção forte. Claro que sopesar considerações de política pode ser difícil; não pode ser feito por regras mecânicas; portanto, requer julgamento e, logo, requer aquilo que o Professor Dworkin chama de discricção fraca. Mas disso não se segue, como ele nos avisa, que esse julgamento envolva o exercício de discricção forte: não significa que, no que diz respeito à legislação, não haja uma resposta correta ou que o juiz, ao chegar à sua decisão, estará criando e não descobrindo o direito.

Com isso em mente, vamos considerar as razões de Dworkin para excluir argumentos de política em casos de *common law*. Podem existir três objeções desse tipo: (1) seria inconsistente com princípios democráticos sólidos; (2) seria ineficiente; (3) seria injusto.²² Uma objeção grosseira poderia ser simplesmente que se nenhuma dessas considerações exclui o uso de política na interpretação das leis, por que deveriam excluí-lo na determinação da existência ou não existência ou escopo de deveres e direitos de *common law*? Mas será mais gratificante, eu penso, lidar com cada uma das três considerações separadamente.

Primeiro o *argumento da democracia*. Legisladores são eleitos para fazer o trabalho de criar o direito para os cidadãos. Os juízes não são eleitos e se eles fossem *criar direito*, eles estariam exercendo um tipo de originalidade que deveria ser concedida apenas a representantes eleitos em uma legislatura. Eles estariam exercendo uma *discricção forte* porque nenhum padrão legal exigiria qualquer decisão particular. Mas se os argumentos de política não envolvem,

²² Dworkin, Levando os direitos a sério, 84-85.

como tal, forte discricção, eles são consistentes com sempre haver uma resposta certa aguardando ser descoberta nos casos em que as considerações de política são relevantes. O sopesamento²³ dessas considerações pode ser difícil e, como a aplicação de princípios, exigirá julgamento e discricção fraca, mas não envolverá, como tal, a criação de direito por parte do juiz ou o tipo errado de originalidade, distinto do julgamento sólido. Então, parece-me que não há fundamento para dizer que a admissão de considerações de política em geral é inconsistente com os princípios democráticos.

Em segundo lugar, é dito que, ao contrário dos legisladores, a aplicação de argumentos de política pelos juízes será *ineficiente* porque eles não dispõem de “*mails bags*” ou grupos de pressão (*lobbies*) para informá-los sobre a natureza e intensidade de várias demandas, ou as utilidades ou “des-utilidades” individuais que precisam ser equilibradas para chegar a um julgamento de bem-estar geral. Isso não me parece uma boa objeção à exclusão geral de questões de política, mas, no máximo, uma justificativa para excluir aquele tipo de política que envolve avaliações precisas de satisfação agregada de demandas ou a maximização da função de bem-estar social, onde os argumentos se baseiam nos níveis de utilidade dos membros da sociedade. Muitas das metas que o Professor Dworkin lista como questões de política foram, como seus próprios exemplos mostram, sopesadas em casos por juízes contra o direito afirmado de um autor. Investigações sobre se um direito pode ser admitido sem prejudicar a melhoria e prosperidade da economia ou o serviço público ou o funcionamento de algum departamento do governo são frequentemente bem realizadas sem *lobbies* ou “*mails bags*” e em *Conway e Rimmer*²⁴ Lord Morris explica por que, para lidar com tais questões, os Tribunais são perfeitamente bem qualificados.

A terceira objeção ao uso de argumentos de política é que gerar decisões a partir deles será *injusto* porque envolverá a criação de direito retroativo e um efeito surpresa. Mas dada a visão do Professor Dworkin sobre a compatibilidade da admissão de argumentos de política com a exclusão da discricção forte, não vejo como essa objeção poderia ser justificada. Se aceitarmos que em casos jurídicos os argumentos de política, juntamente com os princípios, são fundamentos adequados para decisões judiciais e se, ao aplicar argumentos de política, os juízes não estão exercendo forte discricção, não estão criando direito novo, mas o descobrindo, mesmo que juízes diferentes possam divergir em seus sopesamentos sobre questões de política, assim como podem divergir também em sopesar direitos, em nada disso parece haver algo injusto ou retroativo. Assim, um litigante como aqueles nos casos de informantes da polícia sabe que, em geral, ele tem o direito de descobrir os documentos necessários para estabelecer seu caso. Se ele também sabe que em casos duvidosos seu direito estará subordinado ao interesse geral e se, ao sopesar o interesse público, os juízes não estão criando direito ou exercendo forte poder discricionário, ele não tem nada do que reclamar em termos de injustiça, legislação retroativa ou surpresa, o que não se aplicaria igualmente aos Tribunais que geram suas decisões em casos difíceis a partir de argumentos de princípios, nos quais sua aplicação era difícil e exigia julgamento e fraco poder discricionário.

²³ N. T.: Hart utiliza, no original, a expressão “weighing”, que não deve ser confundida com o balanceamento ou ponderação da tradição alemã.

²⁴ *Conway v. Rimmer* 1968 AC 910.

Finalmente, há uma característica muito intrigante no que Dworkin diz sobre as restrições que devem ser respeitadas, se aquilo que parece argumentos de política deva ser tratado como argumentos de princípio disfarçados. Concordo com o que ele diz sobre a redescrição da Escola de Chicago sobre o compromisso de direitos conflitantes envolvidos em casos de negligência, em termos da utilidade agregada das partes.²⁵ O que, no entanto, é intrigante é o seguinte. Dworkin diz (p. 100) que se um juiz, em caso de negligência, limita algum direito abstrato em consideração à segurança pública ou à escassez de recursos, isso deve ser visto como limitação desse direito por referência aos direitos concorrentes de indivíduos à segurança ou à sua justa parcela de recursos.²⁶ Isso está, é claro, totalmente de acordo com sua redescrição do que os juízes chamam de requisitos do interesse público nos casos de informantes como um conflito entre o direito do autor e o direito de indivíduos protegidos pela lei. Não estou aqui repetindo minha crítica a essas redesccrições, mas as menciono por um motivo diferente. A “Tese dos Direitos” é aparentemente uma tese sobre quais argumentos ou razões os juízes usam e podem usar adequadamente para gerar suas decisões. Essa tese não seria satisfeita pelo mero fato de que as decisões que são produzidas são decisões que declaram e limitam o escopo dos direitos. Se isso fosse tudo o que a tese dos direitos refletisse, não haveria necessidade das redesccrições da política em termos de direitos nos quais Dworkin tanto insiste. Sustentar que a tese seria satisfeita pelo mero fato de que as decisões, quando ocorrem, são decisões sobre direitos, seria uma confusão entre argumentos que geram decisões e o anúncio de tais decisões. No entanto, em uma importante, embora difícil nota de rodapé na página 110, Dworkin parece culpado dessa confusão. Pois ali ele diz que quando os juízes usam argumentos de política como a prosperidade ou a importância da economia, como fizeram no caso da interpretação da legislação escrita em *Charles River*, esse ainda é um argumento de princípio, uma vez que o resultado desta aplicação de política é uma decisão sobre o escopo do direito criado pela legislação.²⁷

O que mais me intriga aqui é que, se o fato de o argumento resultar em uma decisão sobre o escopo de um direito é suficiente para reivindicar a tese dos direitos no caso da legislação, por que não é igualmente assim naqueles muitos casos de *common law* em que os juízes limitam um direito por consideração à ordem pública ou recursos escassos? Ou interesse público? Que necessidade há se isto é tudo o que a tese dos direitos vem a ser para a redescrição de argumentos de política como argumentos de princípio? No entanto, Dworkin insiste em casos como *D v. NSPCC* e em casos de negligência. Em tal redescrição, como se ele pensasse que a tese dos direitos era uma tese interessante sobre os argumentos usados em decisões sobre direitos e não meramente a tese desinteressante de que a decisão é sobre direitos. É claro que o fato de as decisões versarem sobre o escopo de um direito abstrato existente significa que os tribunais não abordam sua tarefa de decisão como atos utilitários e decidem cada caso apenas por referência à utilidade, mas isso significa apenas que os direitos têm algum peso ou contam para alguma coisa em um sistema no qual as regras jurídicas conferem direitos.

Os principais pontos que levantei podem ser resumidos da seguinte forma:

²⁵ Conway v. Rimmer 1968 AC 910.

²⁶ Dworkin, Taking Rights Seriously, 97. Ver também Dworkin, “Is Wealth a Value?,” Journal of Legal Studies 9 (1980): 191-226

²⁷ Dworkin, Levando os direitos a sério, 100.

1. A tese dos direitos tomada descritivamente é falsa: há muitos casos, tanto de *common law* quanto de interpretação das leis escritas, em que os juízes usam argumentos do tipo que o Professor Dworkin chama de política.
2. Não há nenhuma boa razão para redescrição desses argumentos como argumentos de princípio que descrevem direitos individuais.
3. A afirmação de que o uso de argumentos de política na interpretação da legislação é consistente com a “tese dos direitos” é, ou uma confusão entre os argumentos que geram decisões e as próprias decisões em si mesmas, ou mostra que a “tese dos direitos” foi reduzida ao simples ponto de que, em um sistema jurídico que confere direitos, os direitos contam para alguma coisa na decisão dos casos e os juízes não decidem os casos como meros utilitaristas.
4. Não são dadas boas razões para a exclusão de argumentos de política, uma vez que, na opinião do próprio Dworkin, eles não envolvem forte poder discricionário ou a criação de direitos. Além disso há muitas políticas cuja aplicação não exige os recursos ou evidências aos quais os legislativos ou os tribunais têm acesso (lobbies, “mails bags” etc.). Assim, enquanto for sabido que os tribunais utilizarão argumentos de política para decidir casos difíceis, como Dworkin originalmente acreditava que faziam, o uso desses argumentos não é inconsistente com a democracia, não é ineficiente e não é injusto.

REFERÊNCIAS

BERESFORD v. Royal Insurance Co. [1938] AC 586.

CONWAY v. Rimmer [1968] AC 910.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review*, v. 88, p. 1057–1109, 1975.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, v. 9, p. 191–226, 1980.

DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, v. 60, p. 624–638, 1963.

DWORKIN, Ronald. Social Rules and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 81, p. 855–890, 1972.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, v. 35, p. 14–46, 1967.

D v. Sociedade Nacional para a Prevenção da Crueldade contra Crianças [1978] AC 171.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

RADCLIFFE, Lord. *The Path of the Law de 1967: Proceedings and Papers na Harvard Law School Convocation realizada no Centésimo Quinquagésimo Aniversário de sua Fundação*. Editado por Arthur E. Sutherland. Cambridge, MA: Harvard Law School, 1968.

RE BEARD [1908] 1 Cap. 383.

RIGGS v. Palmer 115 NY 506 (1889).

RITTER v. Mutual Life Ins. Co. de Nova York, 169 US 139.

WOODS v. Duncan [1946] AC 401.

Data de Recebimento: 09/12/2024.

Data de Aprovação: 09/12/2024.