

O JUIZ COMO LEGISLADOR OCASIONAL E O JUIZ HÉRCULES: ENTRE A CRIAÇÃO E A DESCOBERTA DOS DIREITOS NOS CASOS DIFÍCEIS

THE JUDGE AS AN OCCASIONAL LEGISLATOR AND JUDGE HERCULES:
BETWEEN CREATION AND DISCOVERY OF THE RIGHTS IN HARD CASES

Bruno Farage da Costa Felipe¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explicitar percepções distintas acerca de como os juízes decidem os casos difíceis relacionados ao direito. De um lado, será apresentada a tese de Richard A. Posner de que, nos *hard cases*, os juízes atuam como legisladores ocasionais, criando novos direitos jurídicos a partir de suas crenças e intuições. Segundo o seu ponto de vista, quando não é possível que os juízes resolvam os casos a partir de critérios legalistas, estes passam a legislar, com algumas restrições, mas também com muita liberdade. Por outro lado, destacaremos o posicionamento de Ronald Dworkin, o qual rechaça a criação de novos direitos jurídicos a partir de casos difíceis. Sua argumentação é sustentada pela visão de que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso a ser resolvido, o juiz continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos da parte, e não de inventar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente. Para isso, utiliza-se do personagem fictício juiz Hércules, protótipo ideal de juiz, capaz de encontrar tais direitos sempre que necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão Judicial; Discricionariiedade; Casos Difíceis; Criação; Descoberta; Direitos Jurídicos; Legislador Ocasional; Juiz Hércules.

ABSTRACT

This article aims to explain different perceptions of how judges decide hard cases related to the Law. On one side Richard A. Posner thesis which claims that, in hard cases, judges act as occasional legislators, creating new legal rights from their beliefs and intuitions, will be presented. According to his point of view, when it is not possible for judges to resolve cases

¹ Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

from legalistic criteria, they start to legislate, with some restrictions, but also with a lot of freedom. On the other side, what Ronald Dworkin stands for, rejecting the creation of new legal rights from hard cases, will be highlighted. His argument is supported by the view that, even when no rule governs the case to be resolved, the court still has the duty to find out what the rights of the part are, therefore, new legal rights should not be invented and applied retroactively. To achieve this goal, the fictional character Judge Hercules is used, he is an ideal prototype judge who is able to find such rights whenever necessary.

KEYWORDS: Judicial Decision; Discretion; Hard Cases; Creation; Discovery; Legal Rights; Occasional Legislator; Judge Hercules.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da liberdade que os juízes possuem no momento em que decidem não é novidade na teoria do direito. Na década de 70, em especial, Ronald Dworkin² ficou famoso por atacar o modelo de juiz positivista descrito por Herbert Lionel Adolphus Hart³. No início do quarto capítulo de uma de suas primeiras obras - Levando os direitos a sério (*Taking rights seriously*), de 1977-, talvez a mais proeminente e inovadora, Dworkin alega que o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis⁴. “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra.” (DWORKIN, 2002, p. 127). Essa liberdade consistiria na criação de um direito até então inexistente (*new legal rights*). Frente a um caso difícil, o juiz positivista legisla novos direitos e, em seguida, os aplica retroativamente ao caso em questão.

A teoria dos casos difíceis do positivismo jurídico, contudo, é considerada inadequada por Dworkin. Em sua argumentação, afirma 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 de inventar novos direitos retroativamente. (DWORKIN, 2002, p. 127)

² Filósofo do Direito, Ronald Dworkin foi professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law. Lecionou também em Oxford, como sucessor de H.L.A. Hart.

³ Herbert Lionel Adolphus Hart, referido como H. L. A. Hart, foi um influente filósofo do direito, sendo precursor no desenvolvimento de uma teoria sofisticada sobre o positivismo jurídico nos marcos da filosofia analítica. Nascido na Inglaterra, lecionou em Oxford.

⁴ Por caso difícil, ou *hard case*, Dworkin entende como uma situação a ser decidida pelo magistrado em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção. (DWORKIN, 2002, p. 131)

Para Dworkin, faltou na teoria de Hart a percepção da importância dos princípios jurídicos. Estes seriam cruciais para a resolução de casos que se encontram na “zona de penumbra”, pois permitem que o juiz encontre o direito que aparentemente está oculto, concedendo, conseqüentemente, a uma das partes o ganho de causa. Portanto, o modelo equivocadamente do juiz positivista deve-se, sobretudo, à crença em um modelo baseado somente em regras, e não em regras e princípios⁵. Nesse sentido, Dworkin nega a existência de uma discricionariedade em sentido forte⁶. Dworkin acredita que Hart tenha errado em sua análise descritiva do juiz que atua em casos difíceis, pois, para ele, ao contrário do que pensa Hart, os juízes sempre aplicam um direito preexistente. Esse erro deve-se ao fato de Hart ignorar os princípios jurídicos. Estes são fundamentais na “descoberta” do direito no momento em que um caso concreto não puder ser solucionado a partir da mera aplicação de regras. Os juízes, segundo Dworkin, devem sopesar os princípios e, através dessa tarefa decidir em favor de uma das partes.

A celeuma reside, portanto, em uma antiga discussão: a de saber se, nos casos difíceis, os juízes “criam” novos direitos ou se eles apenas “encontram” ou “descobrem” direitos já pré-existentes e os aplicam ao caso concreto. De um lado, o positivismo tradicional afirma que quando o magistrado decide os casos difíceis e se depara com a “zona de penumbra”, não sendo possível a mera subsunção de regras, surge ao juiz um poder discricionário que o habilita a criar novos de direitos. O pós-positivismo dworkiano, por outra via, afirma que o positivismo tradicional apenas adota essa perspectiva por ignorar o papel dos princípios no direito, os quais são fundamentais na resolução dos casos difíceis por permitirem que o magistrado, a partir de uma tarefa hermenêutica, encontre um direito já preexistente, fornecendo uma resposta correta ao caso em questão e concedendo a vitória a uma das partes. Essa tarefa hermenêutica é praticada por um modelo de juiz sugerido por Dworkin denominado “Hércules” e um dos objetivos deste trabalho será descrevê-lo.

O presente artigo possui como base um debate semelhante a este apresentado nas linhas iniciais. Todavia, ao invés de focar nessa discussão já tradicional na teoria do direito, iremos um pouco mais adiante no que diz respeito à questão temporal. O objetivo principal

⁵ Para aprofundamento no debate, ler Dworkin (2002, p. 23-72) no que diz respeito ao modelo jurídico de regras e princípios.

⁶ Para Dworkin, existem três tipos de discricionariedade. Importa-nos, aqui, a discricionariedade em sentido forte que é aquela que denota situações nas quais as decisões de um determinado agente não são vinculadas a nenhum critério previsto por alguma autoridade, embora existam critérios implícitos que possibilitem distingui-la de atos arbitrários. Esse tipo de discricionariedade relaciona-se à decisão que não é meramente mecânica e que exige a capacidade de julgar. (DWORKIN, 2002, p. 52-53)

será expor duas correntes que defendem modelos de juízes distintos na atuação dos casos difíceis: um deles é o “juiz Hércules” de Dworkin, aquele capaz de descobrir o direito por via interpretativa e aplicação dos princípios; o outro, porém, será o “juiz como legislador ocasional”, proposto por Richard A. Posner⁷ em uma tarefa descritiva acerca da teoria da decisão judicial, contida na obra *How Judges Think* (2008).

A questão continua sendo a mesma: saber se o magistrado, ao julgar os *hard cases*, apenas descobrem e aplicam direitos já preexistentes ou se eles criam novos direitos. Contudo, ao descrever o “juiz criador de direitos”, ao invés de nos apoiarmos no modelo positivista de juiz sugerido por Hart – que, ressalta-se, é pouco detalhado na obra “o conceito de direito” - exporemos um modelo mais atual sugerido por um também magistrado, Richard Posner, que em uma de suas obras mais recentes tenta transmitir uma faceta realista de como realmente julgam os juízes nesses casos considerados difíceis.

2 O JUIZ COMO LEGISLADOR OCASIONAL

Richard A. Posner inicia a obra *How Judge Thinks* com uma frase atribuída a Ivan Karamazov, o qual teria alegado certa vez que “se Deus não existe, então tudo é permitido”. Posner faz uma analogia dessa frase com o seguinte questionamento: “se o legalismo não existe, então tudo é permitido?”. A resposta do juiz Posner é: não. O legalismo existe e, portanto, nem tudo está permitido. Sem dúvidas, afirma Posner, seus domínios diminuíram, a ponto de ser possível afirmar que em nossos dias os juízes estão confinados a aplicar o legalismo aos casos rotineiros. Hoje em dia muito se permite aos juízes, o quanto lhes é permitido e como fazem o uso dessa liberdade, porém, é tema essencial a ser tratado e isso é feito ao decorrer do livro *How Judges Think*.

Os juízes de apelação são o centro do discurso contido na obra⁸. Era de se esperar, pois nessas instâncias é mais comum que os juízes se deparem com casos difíceis, onde o mero legalismo e a subsunção das regras aos fatos são instrumentos insuficientes para a resolução de conflitos. Posner se diz incomodado, até certo ponto, em falar sobre o assunto,

⁷ Richard A. Posner é juiz-presidente do Tribunal de Apelações do Sétimo Circuito da justiça federal norte-americana, docente na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, teórico do direito e Economista.

⁸ Certamente o juiz Posner escreve pensando nos Estados Unidos, local onde atua profissionalmente. Embora o debate gire entorno das características da prática jurídica na *Common Law* norte-americana, o mesmo é aproveitável a nós. Temos importado teorias fundamentais, como o pós-positivismo de Ronald Dworkin, o que nos aproxima muito, nas últimas décadas, do sistema estadunidense de direito, principalmente na seara constitucional.

especialmente por dois motivos: o primeiro deles por ser ele mesmo um juiz de apelação; e, o segundo, por acreditar que as biografias geralmente são mais precisas que as autobiografias. Todavia, nessa situação específica, Posner considera necessária uma intervenção para falar do assunto, pois as descrições que as pessoas – muitos acadêmicos e até mesmo alguns juízes - têm feito sobre os juízes é precária de realismo (POSNER, 2008, p. 2). Ou seja, Posner tenta demonstrar como os juízes de fato atuam nas cortes de apelação, a partir de uma descrição fidedigna e não romântica ou idealizada.

Um dos motivos para que os observadores externos tenham tanta dificuldade para compreender o comportamento judicial, para Posner, reside no fato de que os juízes deliberam em segredo. Mas, na realidade, como observador interno, Posner diz que não existe “segredo no segredo”. O único segredo é que os juízes não deliberam em demasia, ao contrário, a reflexão coletiva entre os juízes não é acentuada, sendo que nos tribunais superiores os magistrados geralmente tomam decisões isoladas e cada um, após, expõe sua razão ao colegiado. (POSNER, 2008, p. 3)

Para Richard Posner, questionar acerca das motivações dos juízes careceria de total interesse se todos eles fossem legalistas. Mas não são. Posner utiliza-se do exemplo dado por John Roberts em sua audiência para confirmação como juiz presidente⁹ da Suprema Corte dos Estados Unidos em que este, ao ser questionado, afirmou que o papel de um juiz na Suprema Corte é o mesmo de um árbitro de beisebol: limita-se a anunciar as *balls*¹⁰ e os *strikes*. Apesar de ter feito essa afirmação em audiência no Senado, John Roberts deixou claro que seu ponto de vista era outro, assim que começou a atuar nesta jurisdição. (POSNER, 2008, p. 78)

Na visão de Posner, trata-se de uma analogia ingênua, eis que nem ele – John Roberts – nem nenhuma outra pessoa que tenha um conhecimento mínimo, acredita que os juízes, em especial os juízes de apelação da Suprema Corte, tenham a mesma relação com as regras que aplicam em nosso sistema jurídico que os árbitros têm ao anunciar as *balls* e os *strikes* em um jogo de beisebol (POSNER, 2008, p. 78). Na verdade, além de ingênua a analogia é equivocada. J. Roberts ignorou o fato de que até pouco tempo atrás, cada árbitro de beisebol definia de forma distinta a zona de *strike*, de tal forma que os lançadores tinham que adaptar a sua tática ao árbitro em questão. A liberdade interpretativa dos árbitros no beisebol

⁹ Os estadunidenses utilizam o termo “Chefe de Justiça” ou *Chief Justice of the United States*.

¹⁰ No beisebol, as *balls* se dão quando o *pitcher* (lançador) lança a bola fora da zona de *strike*. A zona de *strike* constitui um quadrado imaginário que demarca uma área entre o joelho e o cotovelo do rebatedor. Quem decide se a bola estava ali ou não é o árbitro (*umpire*) que se posiciona atrás do *catcher* (receptor). (CODE, 2013)

foi considerada intolerável e, no início da temporada da liga nacional de beisebol do ano de 2002, instalaram-se câmeras com o objetivo de fotografar os lançamentos e observar se os árbitros estavam fazendo julgamentos objetivos acerca das *balls* e dos *strikes* (GASSKO, 2007). A lição que pode se extrair disso tudo é que, quando feita de forma correta, a analogia nos aponta para a possibilidade de diferentes interpretações que juízes podem dar à Constituição. (POSNER, 2008, p. 79)

Segundo Posner, quando faltam os métodos legalistas de tomada de decisões, os magistrados recorrem a crenças e intuições que podem ter uma conotação política, ainda que geralmente não partidária. Importante ressaltar que, em sua visão, o juiz não é consciente de que a decisão é tomada sob a influência de suas inclinações políticas. Recorrem a estas intuições e crenças nos casos indeterminados pelo ponto de vista legalista porque o imperativo judicial lhes impõe que decidam todos os casos, despachando-os de maneira razoável, da melhor forma que puderem. O juiz não pode “lavar as mãos” e dar voltas entorno do assunto de maneira indefinida somente porque se depara com um caso em que a utilização ortodoxa dos materiais disponíveis não o permite alcançar um resultado aceitável. (POSNER, 2008, p. 79)

Para Posner, decidir e concluir são conceitos distintos. Trata-se de duas formas diferentes de resolver um caso. Não existe um dever de alcançar uma conclusão, visto que esta implica em um esforço mental e no amadurecimento de uma ideia. A decisão, por outro lado, é uma ação, muitas das vezes obrigatória. Existem poucas exceções ao dever judicial de decidir e a recusa a esta ação não é justificável somente por faltarem parâmetros legalistas. Um acusado considerado culpado, por exemplo, deve receber sua sentença. (POSNER, 2008, p. 80)

Posner utiliza da analogia de John Roberts, com algumas modificações, para expor a sua maneira de ver como os juízes realmente agem quando se deparam com casos difíceis: conta a história de três árbitros que foram questionados acerca da epistemologia das *balls* e dos *strikes* no beisebol. Cada árbitro responde de uma maneira. O primeiro diz que anuncia as *balls* e os *strikes* quando eles de fato acontecem; o segundo árbitro diz que somente anuncia se foi *ball* ou *strike* quando consegue perceber o ocorrido; o terceiro e último árbitro, por sua vez, afirma que não existe *ball* ou *strike* até que ele anuncie. Comparando esses árbitros com os juízes de direito, Posner afirma que o primeiro deles age como um juiz legalista. O

segundo árbitro seria como o juiz de primeira instância pragmatista¹¹ e o terceiro, o juiz de apelação das cortes superiores que decidem os casos na “zona aberta” ou de indefinição. Aqui reside um ponto crucial para esse artigo: no ponto de vista de Posner, a atividade desses juízes das cortes superiores consiste mais em “criar” do que “descobrir”. (POSNER, 2008, p. 81)

Na perspectiva de Posner, talvez o juiz Roberts tenha cometido um erro tático: sua confirmação como juiz presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos não conseguiu convencer os senadores que lhe sabatinaram de que o juiz de uma corte de apelação atua como árbitro de beisebol. Isso porque menos de dois anos após a sua confirmação, mais precisamente na primavera de 2007, ficou manifesto por meio de sua maneira de votar e de seus pronunciamentos judiciais que ele aspirava realizar reformas significativas no âmbito do direito constitucional de seu país. Houve certa tensão entre o que Roberts havia dito antes, em sua audiência de confirmação, e o que ele fez em seu desempenho como juiz presidente. Para Posner, trata-se de um “golpe” a sua inocência de acreditar que em todos os casos o juiz atua de maneira legalista e simplista. (POSNER, 2008, p. 81)

A partir da falha de John Roberts em descrever a realidade no que diz respeito à atuação dos juízes, Posner constrói em *How Judges Think* a tese que para nós é a mais importante nesse artigo: a de que os juízes de apelação são legisladores ocasionais. O juiz Posner admite que não se trata de uma ideia nova; é, na verdade, uma percepção antiga, mas que está sempre em voga. Explicita sua própria percepção realista dos magistrados como criadores de direitos nos casos difíceis. Causa-lhe surpresa o fato de até hoje as pessoas não aceitarem um princípio contido no código civil da Suíça e que constantemente acontece na prática de outros países e, nos Estados Unidos, a mais de um século: aquele que diz que onde a lei é silente, ou não é clara, o juiz deve decidir um caso como se fosse um legislador. (POSNER, 2008, p. 81)

Quando os juízes de apelação trabalham na condição de legisladores, certamente fazem isso debaixo de um limite que não afeta o espaço do legislador ordinário. Não podem alterar regras processuais e de base, por exemplo, e estão sob a limitação acerca de quem podem consultar e quais métodos de investigação podem utilizar. Além disso, a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obter dictum* de uma sentença – as primeiras são os fundamentos

¹¹ De acordo com Posner, a distinção entre o juiz pragmatista e o juiz legalista não é simples, devido à semelhança entre os dois. É possível dizer, contudo, que na maioria dos casos rotineiros em que a análise legalista incentiva alcançar o bem social da previsibilidade jurídica, o legalismo pode ser entendido como um caso especial de pragmatismo jurídico. (POSNER, 2008, p. 81)

jurídico que sustentam uma decisão, enquanto as últimas são as afirmações consideradas não essenciais para se alcançar o resultado – servem para limitar o poder legislativo dos juízes, impedindo que estes promulguem tratados a partir de um mero parecer judicial, ou *judicial opinion*. (POSNER, 2008, p. 81)

Se de um lado os magistrados, quando atuam como legisladores ocasionais, estão presos a certos limites, por outro lado também desfrutam de liberdades das quais não gozam os legisladores ordinários. Posner aduz que os “custos de transação” são baixos, pois existem menos juízes nos tribunais superiores do que legisladores e, normalmente, as pressões que são exercidas nos legisladores comuns por parte do eleitorado são inexistentes nos juízes da Suprema Corte. (POSNER, 2008, p. 82)

Quando decidem os casos de direito constitucional, os juízes da Suprema Corte são como legisladores de um sistema em que não há poder judiciário para invalidar as leis e onde os legisladores uma vez eleitos não podem ser destituídos. Algumas das limitações impostas aos magistrados são, na realidade, libertadoras: não poderem apreciar casos que lhe remetam a interesses econômicos ou pessoais, além de não terem que responder a um eleitorado específico, constituem fatores que ampliam a liberdade de decisão dos juízes. (POSNER, 2008, p. 82)

Posner chega a afirmar que ainda que seja somente nos casos considerados indeterminados a partir de uma perspectiva legalista, os juízes possuem um nível tão alto de liberdade legislativa quanto à dos legisladores ordinários. Ao contrário dos legisladores, entretanto, os juízes não podem, na prática, dizer ao governo o que ele deve fazer¹². Tudo o que podem fazer, afirma Posner, é dizer aos outros ramos do governo o que não podem fazer. Trata-se de um poder considerável, ainda que tenha caráter negativo, especialmente porque por meio dele permite-se, em nome da Constituição – na qual é difícil, por certo, introduzir mudanças -, que a Suprema Corte “bloqueie” projetos de outros poderes. (POSNER, 2008, p. 82)

Posner esclarece que sempre que emitimos um juízo – não necessariamente jurídico – estamos conscientes de que temos tanto liberdades quanto limites. A liberdade é proveniente

¹² No Brasil, contudo, há quem acredite que a situação seja diferente. Os efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, têm viabilizado de imediato o exercício de direitos constitucionais previstos em normas não autoaplicáveis, na hipótese de injustificada inércia do Poder Legislativo em regulamentá-las. O Judiciário tem “invadido” esferas outrora restritas somente a outros poderes, o que tem acarretado em duras críticas e acusações de ativismo judicial excessivo. Vide os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, todos do STF.

do fato de que emitir um juízo implica em uma eleição, enquanto os limites existem porque emitir um juízo implica em escolha, uma deliberação – ainda que individual, não necessariamente coletiva – e de ponderar alternativas. A consciência de possuir uma liberdade limitada é a mesma, seja quando estamos realizando um juízo algorítmico ou não algorítmico. Entretanto, a sensação de limite é sempre mais intensa no primeiro caso, quando o juiz deve decidir uma situação que se restringe à análise legalista. Contrariamente, a sensação de limite é menor quando o magistrado emite um juízo de tipo legislativo, decorrente do fato de estar inserido em um caso da “área cinzenta do direito”, caso este que as cortes superiores se defrontam com maior constância. (POSNER, 2008, p. 85)

O juiz, segundo Posner, não consegue distinguir de maneira nítida sua atividade não legislativa da atividade legislativa. Isso acarreta em “vazamentos” na forma de analisar os casos rotineiros e os casos não rotineiros. Dessa forma, como o juiz está acostumado a realizar juízos não legalistas nos casos não rotineiros, é muito provável que ele permita que se filtrem considerações desse último tipo – dos casos não rotineiros – no exame dos primeiros. Isso acontece porque o caso pode ser decidido por um lado a partir da pura lógica e, por outro, somente a partir de um juízo legislativo. Para Posner a atividade do juiz de apelação varia entre os extremos, sendo raro encontrar uma tarefa única em um tribunal. (POSNER, 2008, p. 85)

Existe uma explicação para os juízes de apelação não perceberem que são legisladores ocasionais ou não se auto-intitularem como tais. Na visão de Posner, geralmente os juízes de apelação derivam uma regra a partir da interpretação livre e não literal de um texto legislativo e, depois, aplicam essa regra de forma mecânica aos fatos. O resultado: um juízo de natureza legislativa precede a um juízo legalista. Mas o inverso também pode acontecer: a regra pode ser extraída a partir de uma interpretação literal de um texto legislativo ou de um precedente estabelecido por um tribunal superior e sua aplicação pode exigir um juízo de natureza legislativa. Essa combinação de elementos legalistas e não legalistas atenua ainda mais a sensação que o juiz possa ter de “vestir dois uniformes” – as vezes é um verdadeiro juiz e, em outras, um legislador – e permite mostrar a razão de os juízes não enxergarem a si mesmos como legisladores ocasionais. (POSNER, 2008, p. 86)

Para Posner, a quantidade de atividade legislativa realizada por um juiz depende da largura de sua “zona de razoabilidade”. Essa zona seria a área na qual o juiz possui discricionariedade para decidir um caso de uma forma ou de outra sem que ele fique em

descrédito total. A zona pode variar entre as várias esferas do judiciário e de juiz para juiz e, entre os fatores institucionais que influenciam na amplitude da zona encontra-se o nível do juiz na hierarquia judicial. Dessa forma, quanto mais alta a hierarquia, maior será, possivelmente¹³, a sua discricionariedade judicial. (POSNER, 2008, p. 86)

A amplitude da zona de razoabilidade também varia conforme os diversos âmbitos do direito. Ela é mais estreita, por exemplo, no direito dos contratos, onde há um consenso ideológico mais patente. No direito contratual os juízes compartilham premissas comuns para a tomada de decisões, tais como a crença na liberdade contratual e no valor da previsibilidade jurídica. A zona de razoabilidade é mais ampla, por outro lado, nos casos que envolvem matéria de direito constitucional, eis que o texto constitucional nem sempre fornece guias seguros para a interpretação e os sentimentos individuais dos magistrados podem ser supervalorizados nessa tarefa interpretativa. (POSNER, 2008, p. 87)

Por fim, Posner afirma que as decisões de caráter legislativo dos juízes geralmente são determinadas por dois tipos de preferência. Uma é sistêmica, a outra é relativa ao caso ou ao assunto, ainda que não pessoal ou política no sentido estrito. A preferência sistêmica consiste no desejo do juiz de seguir o seu próprio ponto de vista, sua inclinação, ou, para dizer de forma mais grandiloquente, sua filosofia em relação ao direito – pode ser o originalismo, o ativismo liberal, o direito natural, entre diversas outras – caso tenha de fato alguma. Nem todos os juízes deixam-se guiar por uma preferência particular, geralmente aqueles que não querem ser chamados de decisionistas. No ditado “os casos difíceis produzem um mal direito” – *hard cases make bad law* – Posner salienta que “difíceis”, nessa situação, não significa que sejam complicados, mas sim que eles “tocam nas cordas do coração”, ou seja, acabam comovendo e alcançando o juiz em suas particularidades sentimentais. As preferências sistêmicas são mais abrangentes e referem-se a toda uma classe de litigantes. Geralmente resultam de uma filosofia política ou de uma perspectiva geral que são variantes de um ponto de vista liberal ou conservador. (POSNER, 2008, p. 92)

Pode ocorrer, todavia, que o juiz seja influenciado por elementos particulares contidos em um caso individual: ao se deparar com um caso concreto em que é possível visualizar duas classes distintas de litigantes, o juiz pode ser pessoalmente favorável a certa classe e a outra não. Por exemplo: casos como o de um médico que fraudava o imposto de renda

¹³ Posner tem a precaução de utilizar a palavra “possivelmente”, pois a autoridade de um juiz se diluiu na presença de outros juízes, sendo que os órgãos superiores geralmente julgam em colegiado. (POSNER, 2008, p. 86)

ou o de um padrão caucasiano que discrimina a cor de seu subordinado. (POSNER, 2008, p. 92)

Resta claro que, para Posner, existem diversos fatores externos que podem influenciar na decisão de um juiz. O ponto cerne, contudo, o qual nos importa, reside no fato de que independentemente desses fatores externos, Richard Posner acredita que quando um juiz de apelação se depara com casos difíceis, que se encontram na “zona cinzenta” do direito e que não são passíveis de solução a partir da utilização de instrumentos meramente legalistas, este juiz necessariamente exercerá uma atividade legislativa, pois estará criando novos direitos. Posner intitula os juízes que exercem essa tarefa de legisladores ocasionais, visto que seu papel principal não é criar direitos, mas ocasionalmente o fazem, mesmo que inconscientemente, em decorrência de uma decisão proveniente de um *hard case*.

2 DIREITOS JURÍDICOS E O JUIZ HÉRCULES

Com um pensamento oposto ao do juiz Posner, Ronald Dworkin não acredita na criação de novos direitos a partir da decisão dos casos difíceis. Esse ponto de vista ficou em destaque a partir do debate travado entre Dworkin e Hart, no passado. Hart, de maneira semelhante à Posner¹⁴, defende a “função criativa” de direitos pelos juízes e tribunais quando estes se deparam com casos difíceis e não existem meios ortodoxos e leis preestabelecidas suscetíveis a se encaixarem ao caso em questão para o solucionarem. Conforme afirmou o antigo professor de Oxford:

[...] haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e criar direito para o caso, em vez de

¹⁴ Atenção, contudo, para um ponto: Posner deixa claro que, na função criativa, o juiz atua como um legislador ocasional. Hart, ao contrário, não quer que seu modelo de juiz criador se assemelhe a um legislador. Em sua obra “o conceito de direito”, Hart esclarece que os poderes de criação que ele atribui aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, são diferentes dos de um órgão do legislativo: “não só os poderes do juiz são objeto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão do legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-lo para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos”. (HART, 1994, p. 336)

aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito. (HART, 1994, p. 335)

Dworkin, em contrapartida, entende que ao juiz não é autorizado criar direitos, sendo esta tarefa restrita ao legislador. Em suas palavras, “[...] os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecimento pressuposto de que eles estão legislando quando vão além das decisões políticas já tomadas por outras pessoas.” (DWORKIN, 2002, p. 129)

Para rechaçar qualquer possibilidade de teorização que torne viável a decisão judicial que vá além de um direito preexistente, Dworkin utiliza-se de alguns argumentos. No primeiro deles, afirma que a concepção de poder discricionário judicial do positivismo tradicional, por apoiar uma forma de criação do direito, é antidemocrática e injusta. Como os juízes não são, em regra, eleitos pelo povo, somente os representantes eleitos pela população deveriam ter poderes de criação do direito:

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. (DWORKIN, 2002, p. 132)

O segundo argumento de Dworkin reside na injustiça contida na criação de direitos pelos juízes nos casos difíceis. Isso porque a criação de direitos pelos juízes seria *ex post facto* e agiria conforme uma legislação retroativa. “[...] Se um juiz criar uma lei e aplica-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.” (DWORKIN, 2002, p. 132)

Ao combater o “juiz criador”, Dworkin se coloca na defesa de sempre haver uma resposta correta para os casos jurídicos, informada por princípios, sendo que essa resposta correta é preexistente à atividade interpretativa do juiz. Tal resposta seria fundada em um “direito jurídico” – não criado por um juiz legislador, mas já existente - e alcançada a partir de uma atividade interpretativa do juiz. No intuito de demonstrar como se realiza essa tarefa,

Dworkin descreve situações hipotéticas e cria um personagem fictício denominado por ele “Hércules”. As próximas linhas cuidarão de tecer esclarecimentos acerca de dois conceitos importantes: os “direitos jurídicos” e o “juiz Hércules”.

Dworkin concebe como “direito jurídico” o fato de apenas ser possível falar em “direitos” próprios a um indivíduo se os juízes, ao decidirem os casos que lhe são apresentados, tomarem decisões suportadas pelos direitos já afirmados. Isso porque dizer que certa pessoa possui um direito e, ao mesmo tempo, dizer que esse direito é uma criação judicial é para Dworkin uma contradição. Dessa forma, ao se afirmar que alguém tem um “direito” ou um “direito jurídico” (*legal rights*) isso automaticamente implica em reconhecer que o indivíduo tem direito a uma decisão jurídica favorável, mesmo em caso de haver controvérsia. (SGARBI, 2009)

O juiz Hércules é o personagem descrito por Dworkin capaz de encontrar a resposta certa para os casos jurídicos. Conforme Dworkin:

[...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2002, p. 165)

A partir de seu modelo, Hércules, Dworkin passa a expor alguns casos fictícios para demonstrar como o juiz sobre-humano os solucionaria. Dessa maneira, o teórico consegue esclarecer de forma didática vários pontos já demarcados por sua teoria. Um dos casos remete a um quadro em que na jurisdição de Hércules existe uma Constituição escrita que determina que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião. Em contrapartida, o poder legislativo dessa jurisdição aprova uma lei que pretende assegurar o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais. Dworkin questiona: a concessão institucionaliza uma religião? Segundo Dworkin, para solucionar o problema Hércules deve raciocinar da seguinte forma: a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos que se beneficiam e acreditam nesse sistema devem também arcar com os encargos. Tendo em vista a força da

Constituição e seus preceitos, Hércules deve se questionar qual o sistema de princípios foi adotado. Para Dworkin, isso significa dizer que ele deve elaborar uma teoria constitucional. (DWORKIN, 2002, p. 166)

Segundo Dworkin, o processo de raciocínio de Hércules é muito semelhante ao de um árbitro autoconsciente de um jogo de xadrez. Assim como o árbitro de xadrez é levado a desenvolver uma teoria sobre a natureza de seu jogo, Hércules deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo. (DWORKIN, 2002, p. 168)

Entre todos os exemplos, talvez o mais interessante para entender a atuação de Hércules é a comparação da discricionariedade de um árbitro em um jogo de xadrez com o caso *Spartan Steel*. Dworkin nos faz imaginar uma situação acerca do jogo de xadrez em que determinada regra em um torneio estipule que o árbitro deve impor uma penalidade, caso um dos enxadristas irrite “de maneira não razoável” o outro durante a partida. Todavia, a linguagem utilizada na formulação da regra não determina o que significa irritação “não razoável”; “não decidindo, por exemplo, se um jogador que sorri continuamente para o seu adversário, para enervá-lo, como o grande mestre russo Tal sorriu certa vez para Fischer, irrita-o de maneira “não razoável.” (DWORKIN, 2002, p. 160)

Em outra narrativa, Dworkin apresenta o caso *Spartan Steel Alloys Ltd vs. Martin & Co*¹⁵. A ilustração do caso serviu para expor uma de suas teses: a de que, em casos difíceis, os juízes não devem se pautar por considerações de índole política do direito que dão relevância a objetivos que promovam o bem-estar da coletividade, mas sim por “princípios”, visto que estes promovem os direitos individuais. No caso em questão os empregados do réu haviam rompido um cabo elétrico pertencente a uma companhia de energia elétrica que fornecia energia ao autor da ação, e a fábrica deste foi fechada enquanto o cabo estava sendo consertado. Coube ao tribunal decidir se permitiria ou não que o demandante fosse indenizado por perda econômica decorrente de danos à propriedade alheia cometidos por negligência. Dworkin esclarece que o tribunal poderia ter chegado a sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política. Dworkin defendeu que

¹⁵ *Spartan Steel and Alloys Ltd. v Martin & Co (Contractors) Ltd.* [1972]

em casos difíceis como o de *Spartan Steel* as decisões judiciais são, e devem ser, geradas por princípios, e não por políticas. (DWORKIN, 2002, p. 131)

Traçados esses dois exemplos, Dworkin compara-os para explicar de forma didática a atuação do juiz Hércules. Há uma crucial diferença entre o caso do xadrez quando comparado com *Spartan Steel*:

No xadrez, os árbitros se adaptam às regras estabelecidas de uma maneira que pressupõe autonomia institucional plena. Exercem a originalidade somente na medida em que assim exige uma regra eventual, como a regra sobre a imposição de uma penalidade. No xadrez, portanto, pode-se afirmar que cada decisão tomada pelo árbitro é diretamente exigida e justificada por uma regra enxadrística estabelecida, ainda que algumas dessas decisões devam basear-se em uma interpretação e não apenas no significado manifesto e irrecusável dessa regra. (DWORKIN, 2002, p. 174)

O juiz de direito, contudo, diferentemente do árbitro de xadrez, ao julgar casos como o de *Spartan Steel*, deve alcançar o que Dworkin denomina de “força gravitacional” a respeito dos precedentes:

Hércules concluirá que sua doutrina de equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MacPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*. (DWORKIN, 2002, p. 177)

Assim, Dworkin acredita que a “força gravitacional” dos precedentes define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação (DWORKIN, 2002, p. 180). Em complemento a essa ideia, Dworkin agrega a tese de “teia inconsútil”. Para Dworkin, uma vez que na comunidade de Hércules a prática judicial pressupõe que os casos anteriores têm uma

força gravitacional geral, ele somente pode justificar essa prática pressupondo que a tese dos direitos é válida em sua comunidade. Hércules deve supor que sua comunidade compreende, ainda que talvez não o admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípios, e não por argumentos de política. O conceito de que existem certos princípios subjacentes ao direito costumeiro ou a ele incorporados, faz com que Hércules se questione acerca de qual é o conjunto de princípios que melhor justifica os precedentes, a partir da ponte entre a justificação geral da prática do precedente, que é a equidade, e sua própria decisão sobre o que essa justificação geral requer em um caso jurídico específico. Dessa forma, caso os princípios que ele citar como estabelecidos forem incompatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hércules não terá cumprido seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e, portanto, equânime. (DWORKIN, 2002, p. 180-181)

Tendo em vista essas considerações, Dworkin afirma que o juiz deve resolver os casos que recebe como uma “teia inconsútil”, ou seja, como uma trama sem costuras, emendas ou fendas. “O direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como fosse” (DWORKIN, 2002, p. 182). É nessa altura em que o nome de Hércules, dado ao personagem fictício de Dworkin, mais se justifica, pois percebe que ele realmente realiza tarefas sobre-humanas:

Ele (Hércules) deve construir um esquema de princípios abstratos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível, as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam essa estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte, e debaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro. Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões do mesmo nível. (DWORKIN, 2002, p. 182-183)

Os problemas enfrentados por Hércules demonstram que as decisões tomadas por ele não abrem qualquer campo para a criação de direitos. Os juízes comuns devem se mirar em Hércules, o qual é norteado pela formulação de um esquema de princípios abstratos e concretos que o auxiliam na construção de uma teoria que explica e justifica a decisão judicial como sendo capaz de encontrar sempre a resposta correta com base em um direito preexistente. Não há, aqui, margens para que o juiz tenha discricionariedade no sentido forte nos casos difíceis, como propôs Hart, muito menos para ser chamado de legislador ocasional, conforme a construção de Richard Posner.

3 CONCLUSÃO

Os escritos contidos neste artigo tiveram a intenção de explicitar como existem posicionamentos distintos no que diz respeito à resposta ao questionamento “como os juízes decidem os casos difíceis?”. Questiona-se, sobretudo, se nesses casos difíceis a decisão judicial criará novos direitos ou apenas os encontrará, afirmando direitos já existentes no sistema jurídico. Partindo do pressuposto de que existem debates antigos e tradicionais sobre o assunto, como o de Hart e Dworkin, o artigo expôs, inicialmente, uma tese mais atual, a saber, a proposta de Richard Posner de que o juiz dos casos difíceis é, na realidade, um legislador ocasional.

Posner foca seu discurso nos juízes de apelação, por acreditar que nas instâncias superiores os magistrados se deparam constantemente com casos difíceis. Rechaça e considera ingênua qualquer visão que suponha ser o juiz um mero aplicador das regras já existentes quando se depara com casos difíceis, como se fosse um árbitro de beisebol. Para o juiz Richard Posner, quando os magistrados se defrontam com *hard cases* em que a aplicação dos métodos legalistas é insuficiente, eles recorrem a crenças e à intuição, que podem ter caráter político, ainda que não partidarista. Nesse sentido, a atividade dos juízes nas cortes superiores consiste mais em “criar” do que “descobrir” direitos, pois o âmbito dos casos difíceis é o âmbito da criação. Daí o fato de Posner denominar os juízes dos casos difíceis de legisladores ocasionais, pois nessas ocasiões em que estão inseridos na “zona cinzenta” o que fazem é legislar, com algumas restrições, é verdade, mas também com muitas liberdades, conforme demonstrado no decorrer do artigo.

Por outro lado, Dworkin não acredita na criação de direitos na decisão judicial proveniente de um caso difícil. Não só não acredita como também afirma que o juiz não está autorizado a criar novos direitos. Qualquer criação de direitos a partir dos casos difíceis seria antidemocrática e injusta, pois tal tarefa restringe-se ao legislador. Coloca-se na defesa de sempre haver uma resposta correta para os casos jurídicos, ainda que difíceis, sendo que essa resposta preexiste à atividade interpretativa do juiz. A resposta correta é fundada em um direito jurídico e deve ser alcançada a partir da atividade interpretativa do magistrado. Para demonstrar essa tarefa, Dworkin lança mão de um personagem fictício, denominado por ele de Hércules. O juiz Hércules é capaz de desenvolver, nos casos concretos, teorias sobre aquilo que a interpretação legislativa e os princípios jurídicos requerem para solucioná-lo. Hércules não cria direitos ao decidir os *hard cases*, ao contrário, ele preenche a lacuna da ausência de regras encontrando os princípios aplicáveis que fazem parte do direito vigente e que explicam e justificam a história jurídica da comunidade em apreço. Assim, com base nos princípios, o modelo que Dworkin acredita que deva ser seguido por outros juízes, Hércules, é capaz de encontrar o direito aparentemente oculto, mas que existe, ao invés de criá-lo, como o fazem os juízes do modelo positivista e o juiz legislador ocasional, sugerido por Richard Posner.

REFERÊNCIAS

CODE, Divisions Of The. **2013 Edition Official Baseball Rules**. 2013. Disponível em: <http://mlb.mlb.com/mlb/downloads/y2013/official_baseball_rules.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

GASSKO, David. **The Outside Corner**. 2007. Disponível em: <<http://www.hardballtimes.com/the-outside-corner/>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348 p.

POSNER, Richard A.. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008. 387 p.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 238 p.

UK. Ca On Appeal From Birmingham Assizes. Spartan Steel and Alloys Ltd. v Martin & Co (Contractors) Ltd nº ABC.L.R. 06/22. Lord Denning. Disponível em: <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionAdjudicationLawReports/Spartan%20Steel%20v%20Martin%201972.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2014.