

A INOPORTUNA DICOTOMIA ENTRE ‘EASY CASES’ E ‘HARD CASES’ NO DIREITO

*Diego Pablo Candeias de Albuquerque*¹

RESUMO: Esse presente artigo busca apresentar, sob a perspectiva do filósofo Ronald Dworkin, a distinção entre “casos fáceis” e “casos difíceis”, bem como seus respectivos modelos solucionadores, além de pontuar que a referida dicotomia ainda atende a um esquema sujeito-objeto de caráter metafísico clássico; e enunciar que, na interpretação, os casos devem ser tomados pela singularidade de que se revestem, fruto da historicidade do mundo em que estão imersos.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 - Modelo de Dworkin das regras e dos princípios; 3 - “Casos Fáceis” e “Casos Difíceis”: Discricionariedade Judicial e os princípios; 4 - Repristinação da coisa-em-si: Ainda pensando a essência das coisas; 5 - Para além da dicotomia: a singularidade do caso e o choque hermenêutico. Referências.

Palavras-chave: “Easy cases” e “hard cases”. Modelos Interpretativos. Metafísica Clássica. Historicidade e Compreensão.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, como paradigma emergente das insuficiências dos modelos de Estado anteriores (Estado Liberal e Estado Social), traz embutido na sua conjuntura um deslocamento do centro de poder de decisão. Em um primeiro momento, no Estado Liberal, o centro de poder instaura-se no poder legislativo, conseqüência lógica do processo histórico de ruptura com o Ancien Règime. Num segundo momento, pelas

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

insuficiências desse modelo estatal liberal-individual-normativista, ou seja, de um Estado abstencionista, calcado na noção precária de liberdade e do positivismo, surge o Estado Social trazendo a idéia de um modelo estatal intervencionista que sai da inércia de mera organização de Estado, tendo, por conseguinte, o centro de decisão deslocado para o poder executivo.

No terceiro momento, surge o Estado Democrático de Direito em que deve ser visto o Direito como instrumento de transformação social, pois carrega, nos seus textos constitucionais, elevada carga de valores e caráter compromissário voltado para mudanças nas estruturas econômicas e sociais. Por isso, Lenio Streck (2004, p.19) vai sustentar que:

No Estado Democrático de Direito, em face do seu caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano jurisdiciona²

O papel do Judiciário nessa quadra da história é de suma importância, sendo relevante o papel daqueles que compõem o cenário judicial, especificamente, os juízes.

Apesar de a Constituição trazer a idéia de ruptura com paradigma anterior, o modo interpretativo/aplicativo do Direito ainda se encontra calcado na cultura jurídica do Positivismo Jurídico. O sistema positivista (ainda modo-de-fazer-Direito) trabalha, no que concerne à interpretação, com as hipóteses condicionais de incidência, ou seja, as regras jurídicas que são aplicadas de modo subsuntivo, dado “fato” aplica-se “regra”. Essa forma simplória e carente termina não abarcando toda a problemática dos fenômenos da realidade fática, pois, não ocorrendo a hipótese de incidência, não há como se fazer a subsunção; então, para responder o caso, ao judiciário é dada a discricionariedade, isto é, a subjetividade assujeitadora e fundante do juiz que decide o caso. Logicamente, essa discricionariedade descamba numa arbitrariedade.

Assim, buscando contornar a discricionariedade que surge em certos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tomando como base o modelo

² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito.** Forense, 2004, p.19.

positivista de Herbert Hart, vai, primeiramente, admitir a existência de casos fáceis e difíceis e, para cada espécie, há um modo-de-fazer-interpretação-aplicação-do-direito. Nos casos fáceis, far-se-ia a subsunção da norma-regra jurídica e, nos casos difíceis, diferentemente do modelo de Hart, pelos princípios (normas ignoradas pelo sistema positivista) e pelo papel que eles desempenham no sistema normativo, sempre é possível encontrar uma resposta correta para o caso. A tese é totalmente anti-discricionária, mostrando que é inadequado considerar que o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra nos famosos *hard cases*.

O modelo dworkiano tenta demonstrar uma “nova hermenêutica”, através da emergência dos princípios do Direito. Contudo, acaba o citado modelo caindo num retorno ao pensar as coisas tendo o sentido-em-si, ou seja, a produção de sentido na relação entre intérprete, texto e caso faz-se ainda pelo processo subjetivo; ou seja, há um modo correto para se chegar à verdade das coisas, como se o caso tivesse uma essência de facilidade ou dificuldade de antemão e, assim, pelo método correto (descartiano), chegar-se-ia ao sentido próprio das coisas.

Esse retorno a uma concepção subjetivo-objetivista do sentido das coisas despreza o avanço no campo da compreensão trazido pela reviravolta lingüística; como bem salienta Lenio Streck, com base em Rorty, passe-se a trabalhar com “*a concepção de mundo sem substâncias ou essências, ou sem os dualismos metafísicos herdados da tradição grega*”³, ou seja, a produção de sentido constrói-se intersubjetivamente, no qual a velha dicotomia histórica sujeito-objeto acaba desaparecendo.

Desse modo, o presente artigo pretende apresentar a exposição de Dworkin da classificação dos casos jurídicos em ‘easy cases’ e ‘hard cases’ e sua solução interpretativa a esses, mostrando não só os pontos apropriados do seu modelo, mas também como necessitam de uma complementação hermenêutica para que não acabem repriminando o paradigma metafísico.

Ronald Dworkin estabelece que o Direito não é apenas um conjunto de regras, segundo modelo de Herbert Hart, ou seja, o sistema jurídico compõe-se de regras e também de princípios morais que não são alusivos ao

². modelo de dworkin das regras e dos princípios

³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Livraria do Advogado, 2001, p.137.

critério de validade tal como a regra de reconhecimento de Hart. Tratando da distinção entre regras e princípios, Dworkin aborda basicamente três aspectos, a natureza lógica, dimensão de peso e admissão de exceções.

O critério de natureza lógica consiste em dizer que as regras são aplicáveis na forma *tudo ou nada* (all-or-nothing), visto que elas incidem quando há condições que elas mesmas estabelecem. Para Dworkin “*dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*”⁴.

Já os princípios são normas que não fixam nenhuma conseqüência jurídica precisa diante de uma condição determinada, eles manifestam considerações de justiça, equidade e dimensões de moralidade. O princípio é uma razão que guia para uma determinada direção, contudo não acarreta uma decisão concreta essencialmente a ser levada.

O segundo critério, que é conseqüência do primeiro, é a dimensão de peso (dimension of weight) que caracteriza os princípios. Esse critério não se aplica às regras, pois, no conflito dessas últimas, há a exclusão de uma em detrimento da aplicação de outra. No caso concreto, deve-se verificar qual delas é válida e qual deve ser excluída ou reformulada diante do caso.

Ocorre que, nas hipóteses de colisão entre os princípios, aquele que possui maior peso sobrepor-se-á ao outro, sem que este perca sua validade, ou seja, o entrecruzamento entre princípios é resolvido através da ponderação, não excluindo o sobreposto do sistema jurídico. Vale destacar que, em linha do entendimento de Humberto Ávila, na hipótese de relação entre princípios:

quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios divergentes para atingi-los. Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto⁵.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Martins Fontes, 2002, p.39.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

Por último, Dworkin adiciona o fato de as normas-princípios serem mais fracas que as normas-regras no sentido de admitirem inúmeras exceções, na medida em que, ao se tratar das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas e, desse modo, mais completo o enunciado das regras será. Quanto aos princípios as exceções são incontáveis, conforme preleciona Eros Grau:

a circunstância de serem próprios a um determinado direito não significa que esse direito jamais autorize sua desconsideração. Trabalhando com o princípio segundo o qual “a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza)”, Dworkin aponta o fato de que em determinados casos o direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter – e o direito concede – o direito de cruzá-lo sempre que deseje ⁶.

3. “CASOS FÁCEIS” E “CASOS DIFÍCEIS”: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS

“Levando a sério” o modelo de Dworkin, passa-se para o que o filósofo chama de casos fáceis e casos difíceis, bem como, nesses últimos, para a comprovação de que a discricionariedade judicial existente pode ser contornada pelo seu modelo dos princípios.

Dworkin não nega o fato de haver casos fáceis e difíceis nos direitos, muito menos nega que nos primeiros a subsunção os solucionaria. Essa operação mecânica, no dizer de Eros Grau está fundada em “*um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos*”

Malheiros Meditores, 2005, p.48.

⁶ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Malheiros Meditores, 2003, p.173.

*de fato e a consequência jurídica*⁷. Esse modelo interpretativo não consegue ser aplicado aos *hard cases*, pois esses guardam peculiaridades que impedem que essa operação seja feita.

Casos difíceis, no dialeto de Dworkin, são aqueles em que é difícil identificar com nitidez a regra que solucione o caso ou, ainda, certificar a existência dela no sistema normativo; por via de consequência, haveria nesses casos uma abertura interpretativa que culminaria numa possível discricionariedade judicial do julgador. A discricionariedade é compreendida, no linguajar do filósofo, segundo Adrian Sgarbi, “*haver escolha entre opções*’, porque *ter condições ou capacidade de realizar uma escolha que seja justa*’ não define usualmente *discricionariedade*’ (poder de escolha)”⁸. A discricionariedade própria do modelo positivista dá ao agente a possibilidade de decidir os casos difíceis da maneira que lhe convém, pois, nesses casos, as suas decisões não são vinculadas a nenhum critério explicitamente previsto por alguma autoridade. Contrapondo esse entendimento, Dworkin arremata com a tese de que o “*juiz continua a ter, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente*”⁹.

Com isso, essa discricionariedade conferida ao juiz por não estar obrigado a aplicar determinadas regras preestabelecidas, pois não há obrigação detectável por um critério de pertencimento ou *pedigree*¹⁰, é refutada pelo filósofo americano através do fato de que a prova de *pedigree* não serve para identificar os princípios, mas somente as regras; desse modo, ao verificar haver sempre princípios para solucionar os casos (a exemplo dos casos *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield*)¹¹, Ronald Dworkin está atestando a inexistência de discricionariedade¹².

Há uma valorização do papel dos princípios jurídicos, diferentemente

⁷ GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Malheiros Editores, 2003, p.65.

⁸ SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, 2006, p.159.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, 2002, p.127.

¹⁰ Em síntese apertada, é um critério a partir do qual a validade e invalidade das regras são mesuradas.

¹¹ Casos exemplificados pelo filósofo, nos primeiros capítulos de “Levando os Direitos a Sério”, para demonstrar didaticamente sua teoria dos casos difíceis.

¹² Esse sentido de discricionariedade deve ser entendido como a acepção “sentido forte” de discricionariedade. Nessa linha, ver capítulo 4 de “Levando os Direitos a Sério”.

do modelo positivista, no modelo dworkiano, demonstrando que, quando um caso concreto não puder ser solucionado pelas regras, ou seja, quando não for um caso fácil, os julgadores devem sopesar os princípios que competem e deliberar em favor da parte para a qual certo princípio pesa mais no caso concreto.

Dessa forma, tem-se um ataque por Dworkin à concepção na qual o positivismo hartiano se ampara, qual seja, de não haver resposta correta nos casos difíceis; o autor se coloca na defesa de sempre haver uma solução correta para os casos difíceis e de essa solução ser preexistente à atividade interpretativa, em razão dos princípios e do papel que essas normas desempenham no sistema jurídico.

4. REPRISTINAÇÃO DA COISA-EM-SI: AINDA PENSANDO A ESSÊNCIA DAS COISAS.

O modelo pós-positivista de Dworkin tenta se desprender dos paradigmas positivistas, mostrando que as formulações deste modelo, como o método interpretativo, avalorativo, lógico formal, dentre outras, não abarcam os fenômenos que se encontram na esfera do direito; ou ainda, como muito bem salienta Lenio Streck:

no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações [...], isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (objetivação) das relações jurídicas¹³.

Para a metafísica clássica, a veracidade do conhecimento incide em apreender a essência imutável das coisas, o que se faz depois de comunicado pela linguagem, pois esta tem papel secundário, é vista como mero

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.58.

instrumento. Desse modo, novamente com Lenio Streck:

Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência. Há uma unidade objetiva que fundamenta a unidade da significação das palavras que recebe de Aristóteles o nome de essência ou aquilo que é. É a essência das coisas que confere às palavras possibilidade de sentido¹⁴.

O tratamento dos casos sob a égide de casos fáceis e difíceis, cada um guardando suas peculiaridades interpretativas, leva a se ter idéia de um pensamento, no dizer do mestre gaúcho, *“teórico que “flutua” sobre os objetos do mundo, apto a dar sentido ao “mundo sensível”*¹⁵. Ora, tem-se, ainda, em mente que as coisas têm o sentido-em-si e que pelo método certo se chegaria ao sentido verdadeiro das coisas, ou seja, a dicotomia sujeito-objeto, que persiste no pensamento dworkinano, traz de volta a noção objetivista da metafísica aristotélica.

Os modelos interpretativos solucionadores relativos a cada caso permanecem ainda nessa tentativa de distinguir a noção de um sujeito, despreendido da historicidade que o compõe, que compreende com naturalidade o “easy case”, fruto de uma explicação da representação objetiva da compreensão antecipadora de sentido que reside nele; por outro lado, o “hard case”, dada sua complexidade e novidade trazida pela perspectiva compreensiva do sujeito no mundo, não consegue ser reduzido à moldura lógica do silogismo da regras jurídicas, sendo assim, necessários os princípios para dirimir os casos.

5. PARA ALÉM DA DICOTOMIA: A SINGULARIDADE DO CASO E O CHOQUE HERMENÊUTICO

A equivocada dicotomia insere o direito numa noção de completude normativa, pois encerra um divisor de sentidos dos casos e consolida o

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.103.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, 2004, p.32.

critério institucionalizado de correção dos conflitos.

Assim, a noção que encerra os casos em sentidos estandardizados surge da perspectiva do *habitus*¹⁶ que proporciona ao intérprete a sensação de familiaridade com os casos que lhe aparecem. Essa percepção é fruto de um horizonte de sentido confortável sobre o qual o aplicador não se questiona sobre o sentido produzido¹⁷ em face do caso concreto, apenas assujeita um sentido cotidiano aos casos que ao intérprete parecem iguais ou mesmo semelhantes. Desse modo, o aplicador não percebe o estranhamento dos casos, dada a atrativa tranqüilidade que lhe conduz a não ver o mito em que se encontra.

Quando o caso não se adequa à metodologia solucionadora dos “*easy cases*”, desloca-o prontamente para a seara dos “*hard cases*”. Essa “inadequação” emerge, na preciosa lição de Lenio Streck “quando a coisa interpela o intérprete, convoca-o a compreendê-la, em face do estranhamento que lhe provoca”¹⁸. E continua o mestre:

trata-se da hipótese de horizontes distintos, que provocará o ‘choque hermenêutico’, que ocorre quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal). Esse estranhamento conduz o intérprete a questionar a familiaridade que lhe provocava uma “tranqüilidade compreensiva”¹⁹.

¹⁶ Lenio Streck (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito. Forense, São Paulo, 2004, p.25-26) conceitua *habitus* como o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade (algo que podemos denominar de concretude ôntica), d’onde falará do e sobre o Direito. É o desde-já-sempre e o como-sempre-o-Direito-tem-sido, que proporciona a rotinização do agir dos operadores jurídicos, propiciando-lhe, em linguagem heideggeriana, uma ‘tranqüilidade tentadora’. O *habitus* é uma espécie de ‘casa tomada’, onde o problema de estar-refém-do-*habitus* nem sequer se apresenta como um problema-de-estar-refém-do-*habitus*. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico. Em síntese, o *habitus* vem a ser o lócus da decaída para o discurso inautêntico repetitivo, psicologizado e desontologizado.

¹⁷ Na verdade, o sentido é atribuído, pois não há movimento dialógico dos sujeitos para se falar em compreensão.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, 2007, p.263.

¹⁹ Idem.

Essa dicotomia acaba ofuscando o fato de que a construção de sentidos, ou melhor, de compreensão do algo, se dá numa relação dialógica entres os seres no mundo em determinado instante histórico, fundindo com os sentidos pré-concebidos que carrega cada ser no dado momento compreensivo. Conforme salienta precisamente Lenio Streck:

ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de 'objetos' com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções [...] o mundo só se nos dá na medida em que já temos certos patrimônios de idéias, é dizer, certos prejuízos que nos guiam na descoberta das coisas²⁰.

Nesse sentido que se deve pontuar que os casos só se perfazem na concretude do mundo em que se inserem conjuntamente com o intérprete; é a faticidade da finitude que dirige a interpretação pautada no dialógico movimento da historicidade dos seres-no-mundo.

Desse modo, à guiza de conclusão, é de bom alvitre o entendimento do Professor Lenio Streck ao estabelecer que:

não há grau zero na atribuição de sentido. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar [...] vinha sendo decidido até então, confrotando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadro do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2001, p.171.

alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrárias²¹.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Malheiros Meditadores, São Paulo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Malheiros Meditadores, 2003.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Forense, São Paulo, 2004.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, Rio de Janeiro. 2007

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria Discursivas: Da Possibilidade à necessidade de respostas Corretas em Direito**. Lumens Juris, 2007, p.274.