

O DEBATE ENTRE HERBERT L. A. HART E RONALD DWORKIN

The debate between Herbert L. Hart and Ronald Dworkin

Tania Schneider da Fonseca¹
taniafilosofia@hotmail.com

Resumo: neste artigo analisarei a concepção de direito em Herbert Hart e em Ronald Dworkin. Procurarei mostrar algumas diferenças entre o positivismo jurídico defendido por Hart e a concepção normativa de direito defendida por Dworkin. Para tal empreendimento tratarei da relação entre o direito e a moral em ambos os autores. Também irei apontar para alguns pontos do debate que têm sido nos últimos anos fontes de muitas discussões em filosofia do direito, quais sejam, a distinção entre regras e princípios, empreendida por Dworkin, a discussão acerca da regra de reconhecimento e a crítica a Hart quanto ao poder discricionário no sentido forte.

Palavras-chave: direito e moral; regras e princípios; a regra de reconhecimento; o poder discricionário.

Abstract: in this article I will examine the Hart's and Dworkin's concept of law. I will try to show some differences between legal positivism defended by Hart and the normative conception of law advocated by Dworkin. With this purpose I will intend to address the relationship among law and morality in both writers. I will also point out some points of debate that in recent years have been source of much discussion in philosophy of law, namely, the distinction undertaken by Dworkin between rules and principles, the discussion about the rule of recognition and Dworkin's critique of the Hart's doctrine of power discretionary in the strong sense.

Keywords: law and moral; rules and principles; the rule of recognition; the discretionary power.

Considerações iniciais

A partir da leitura de alguns textos que envolvem a discussão do debate, esse artigo não pretende esgotar o tema, tendo em vista a sua complexidade e tamanha influência que a filosofia do direito teve após esse debate, gerando uma imensa bibliografia. Ao invés disso, o artigo pretende apontar alguns pontos que são importantes na compreensão do que é, por um lado, o positivismo jurídico de Hart, e, por outro lado, a interpretação construtiva de Dworkin sobre o que é o e o que *deve ser* o direito.

Sem dúvida que a relação do direito e da moral é um tema central na discussão da filosofia do direito como um todo. Um dos objetivos deste artigo é estabelecer em que medida a moral faz parte do direito tanto em Hart como em Dworkin.

Também apontarei um tema que gerou muitas discussões: a crítica feita por Dworkin em “Modelo de Regras I” ao positivista por desconsiderar os princípios como sendo parte essencial do direito. Dworkin defende que há uma distinção lógica entre regras e princípios, e que os princípios possuem obrigatoriedade de lei, embora apenas orientem a decisão. Ademais, irei

¹ Mestranda da Universidade Federal de Pelotas. Bolsista CAPES.

apontar porque existe uma incompatibilidade, para o filósofo do direito, entre os princípios e a regra de reconhecimento de Hart.

Por último, tratarei de um tema muito conhecido no debate que é a “adjudicação judicial” em “casos difíceis”. Nos “casos fáceis”, em que uma regra pode ser aplicada diretamente ao caso, não há problemas em se decidir judicialmente. No entanto, existirão alguns casos em que não é possível encontrar uma regra para ser aplicada. E, sendo assim, o juiz para Dworkin, deve decidir o caso buscando por princípios, oferecendo uma justificação moral. Em contrapartida, para Hart na ausência de uma regra o juiz “cria” outra, ou seja, ele pode exercer o mesmo papel que o do legislador. Nesse artigo, apontarei a crítica de Dworkin ao “poder discricionário” tal como evidenciado pelo positivista.

Na análise do debate serão utilizados os seguintes escritos: “O modelo de regras I”, que é uma crítica feita aos positivistas em geral, e principalmente a Hart; o “Pós-escrito” de Hart ², que é uma resposta às críticas de Dworkin e uma tentativa de esclarecer alguns pontos que na sua perspectiva Dworkin não compreendeu. Também será utilizado “O Pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política”, em que Dworkin faz novamente uma série de críticas a Hart.

I. O que é o direito para Hart e Dworkin?

Na tentativa de melhor compreender a teoria jurídica de ambos os autores, é necessário, a meu ver, iniciar as leituras pelo debate que os tornou conhecidos em filosofia do direito. Por isso, o objetivo desse artigo é, na medida do possível, tornar mais claro suas teorias. Dworkin, conforme Stephen Guest³, escreve para um público amplo, o qual abrange desde o público geral, juristas, filósofos, até economistas, tornando desse modo muito denso seus escritos. Iniciarei a explicar o que é o direito para Hart, depois passarei para Dworkin.

Existem vários tipos de teorias positivistas que se diferenciam entre si. Algumas são mais complexas que outras. O positivismo jurídico de Hart, por exemplo, é distinto do positivismo de John Austin, filósofo do século XIX. O próprio Dworkin, em um dos seus artigos, elogia Hart por

² Hart morreu em 1994, não chegando a publicar seu “Pós-escrito”, que é uma resposta às críticas feitas por Dworkin. Foram Joseph Raz e Penelope Bullock quem organizaram e publicaram em 1994 o “Pós-escrito” como segunda edição do livro *O conceito de direito*.

³ GUEST, 2010, p. 7.

oferecer uma concepção de direito que, por ter sofisticado o positivismo de Austin, é de grande importância para a filosofia do direito⁴, apesar de criticá-lo.

O direito de um sistema é identificado para Hart a partir de critérios dados pela regra de reconhecimento, que é um critério de validade das regras, e não como mera obediência ao Soberano, como é o caso do positivismo de John Austin. Explicando melhor, o direito⁵ é constituído por regras primárias e secundárias. As primeiras são definidas em termos de exigência que alguém faça ou se abstenha de exercer certas ações, independente se quer ou não; estas regras impõem deveres. Enquanto que as regras secundárias⁶ permitem que as pessoas criem novas regras, modifiquem-nas, ou fiscalizem a aplicação dessas regras primárias. As regras do segundo tipo atribuem poderes, sejam eles públicos ou privados. É em termos dessas regras que ações do poder legislativo devem ser compreendidas, ao invés de ordens⁷ de ameaça, como era estabelecido pela doutrina da soberania.

Existe uma interrelação entre esses dois tipos de regras. É interessante notar que nas sociedades mais simples [primitivas] existem apenas as regras primárias. Já nas estruturas sociais mais complexas, como o sistema moderno de direito, surgem as regras secundárias. É a partir da passagem das regras pré-jurídicas [regras primárias] para as regras jurídicas [regras secundárias] que é constituído o direito, segundo Hart.

O que é importante considerar é que as leis são ‘aceitas’ pelas pessoas e são reconhecidas como válidas a partir de uma *autoridade*, instituição, que é a regra de reconhecimento suprema, que é uma regra secundária, e não são obedecidas porque são ordens de algum soberano. Essa regra de reconhecimento é a única regra cuja obrigação depende da sua própria aceitação; ela permite a existência de uma regra secundária, uma regra⁸ que identifica as regras primárias. Nesse sentido, se nota a complexidade da teoria de Hart se comparada a de Austin, para a qual o direito é identificado pela submissão às ordens do poder do soberano.

Já para Dworkin o direito é composto tanto por regras como por princípios. O direito não é uma ciência, mas é um conceito interpretativo. A argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais. Dworkin ressalta que a interpretação é *construtiva* com o

⁴ DWORKIN, 2010, p.27.

⁵ HART, 1994a, p.89.

⁶ HART, 1994a, p.91.

⁷ A obrigação jurídica é identificada para o positivista John Austin, a partir da obediência ao soberano. Se alguém desobedece é punido.

⁸ HART, 1994a, p.104.

objetivo de atingir a melhor justificação da prática jurídica. As proposições de direito são verdadeiras se decorrem de princípios que estejam de acordo com a história institucional e que ofereçam a melhor justificação moral.

Ele compara a interpretação da prática social à interpretação artística⁹, pelo seguinte motivo: “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas”. Dito de outro modo, o juiz na interpretação de qual princípio deve ser levado em consideração deve trazê-lo sob sua melhor luz, ou seja, deve reinterpretar algo que está dado adaptando-o para as circunstâncias específicas, concretas. Por detrás dessa interpretação está o princípio de que “todos devem ser tratados com igual consideração e respeito”, o qual Dworkin denomina de virtude soberana. Por detrás do ordenamento jurídico residem os ideais liberais: igualdade e liberdade¹⁰. Uma lei será justa se estiver baseada nesses ideais. Logo, os princípios servem como critérios normativos para a validação e a invalidação das regras.

Dworkin argumenta em um dos artigos do livro *O império do direito* que a real divergência entre os juristas se dá no âmbito teórico, ou seja, sobre o que *é* o direito. Nesse livro, um dos seus objetivos é defender uma apropriada teoria sobre os fundamentos do direito. Desse modo, ele recusa concepções como o convencionalismo e o pragmatismo, defendendo uma teoria do “direito como integridade”. Numa explicação sucinta ele afirma que a adjudicação feita num caso deve parecer ser trazida de outras decisões passadas. Em outras palavras, o juiz deve decidir um caso interpretando os padrões jurídicos, tendo como base manter a coerência dentro do sistema jurídico. O “direito como integridade” reúne todas as práticas sociais, morais e políticas, e sendo assim, ele é holístico.

Como o objetivo do artigo é apontar algumas divergências do debate entre Hart e Dworkin, por esse motivo não se pretende tratar com detalhes a explicação acerca do que *é* o direito. Mas, no decorrer do artigo, os pontos que serão discutidos acabarão por mostrar como o direito é compreendido pelos dois autores. No segundo item deste artigo trato sobre a relação entre o direito e a moral, que a meu ver é uma questão fundamental no pensamento jurídico de ambos os autores.

II. A relação entre o direito e a moral

⁹ DWORKIN, 2007, p.61.

¹⁰ Ver o artigo: DALL'AGNOL, D. “O igualitarismo liberal de Dworkin”. In: Revista Kriterion. Belo Horizonte. Jan./June 2005, pp. 55-69.

Com o objetivo de elucidar melhor a sua doutrina, Hart no “Pós-escrito”¹¹ procurará argumentar que o seu propósito era oferecer, na sua obra mais conhecida, *O conceito de direito*, uma teoria do que seja o direito. Essa teoria é ao mesmo tempo geral e descritiva. No sentido geral não está circunscrita a nenhuma cultura jurídica concreta, sendo regida por regras e, portanto, normativa. Por exemplo, existe uma semelhança na estrutura dos mais diversos sistemas jurídicos, pois todos possuem regras que ou proíbem ou impõem determinados comportamentos.

É importante esclarecer que Hart não está preocupado em oferecer uma teoria sobre o que é o direito para um determinado país, como é o caso de Dworkin, que volta sua argumentação para o direito americano.

A teoria compreendida no sentido descritivo não tem qualquer propósito de justificação¹² e é moralmente neutra. No mesmo escrito, Hart ressalta que em *O conceito de direito* faz uso de certos conceitos como, por exemplo, pontos de vista internos e externos, para explicar sua teoria sobre o direito como sendo em parte descritiva. Em sua opinião parece ser uma objeção central de Dworkin o fato de que uma teoria jurídica descritiva apenas descreve de um ponto de vista externo não levando em consideração a perspectiva interna. No entanto, para Hart um participante externo pode descrever a aceitação do direito de um ponto de vista interno, sem, contudo, participar do sistema jurídico. Descrever a aceitação do direito não equivale a aceitar ou a partilhar do direito, mas a se colocar no lugar da pessoa de dentro do sistema jurídico.

Em contrapartida, no “Pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política”¹³ Dworkin não concorda com ambas as afirmações sobre o que é o direito e como ele deve ser identificado. Nesse ensaio, seu objetivo primordial é apontar os equívocos daqueles que oferecem relatos descritivos do que *é* o direito, esquivando-se de oferecer quaisquer juízos sobre como *deve ser* o direito. Na perspectiva do filósofo do direito, a identificação deste se dá por uma interpretação da prática jurídica, e não como uma descrição neutra, como visto pelo positivista. Isso implica não somente em uma descrição da prática jurídica, mas também em uma justificação moral dessa prática, o que é negado por Hart. Sendo assim, a teoria jurídica é baseada em convicções morais. Na busca por uma decisão sobre o que é o direito, o juiz deve interpretar o direito passado a fim de identificar quais são os princípios que melhor podem ser usados para justificar a prática e decidir o caso.

¹¹ HART, 1994, p.300.

¹² HART, 1994, p.301.

¹³ DWORKIN, 2010a, p.199s.

Dworkin classifica a versão hartiana de um tipo de arquimedeanismo. Segundo essa teoria, é feita uma distinção entre níveis de discurso, entre os “juízos de valor”, de primeira ordem, os quais são substantivos sobre liberdade, igualdade, por exemplo, feitas pelo senso comum; e o de segunda ordem sobre os mesmos assuntos, mas que são emitidas pelos filósofos políticos¹⁴ e, o mais importante, são neutras. Em poucas palavras, no conflito existente entre qual tem mais primazia, ou qual tem mais valor, se é a liberdade ou a igualdade, o que está equivocado nesse tipo de arquimedeanismo é o fato de nessas situações os filósofos se mostrarem neutros e se limitarem apenas a descrever o que é a liberdade, ou mesmo a legalidade. No entanto, o filósofo do direito defende no capítulo já citado da *Justiça de Toga*, que as análises sobre igualdade, liberdade, direito, por exemplo, são *normativas*. E critica a defesa feita por Hart de uma solução meramente descritiva dos principais problemas que permeiam a filosofia do direito.

Para explicar com mais detalhes a versão hartiana sobre o arquimedeanismo, Dworkin se vale de um exemplo que envolve questões complexas. Para isso se utiliza de uma situação hipotética, para deixar claro que ambos divergem em relação à identificação a até que ponto os juízes emitem “juízos de valor” ao decidir um caso particular. Sobre o exemplo dado, é o caso da Sra. Sorenson. Durante dez anos ela tomou um medicamento de laboratórios distintos; depois disso por causa dessa medicação teve problemas graves de saúde. Tal fato a levou a processar todos os laboratórios, porque ela não saberia dizer qual o laboratório foi responsável pelo dano causado. Qual seria a solução dada a esse caso na perspectiva hartiana e dworkiana? Para Dworkin, a resposta de Hart seria que a decisão nesse caso deveria ser buscada nas fontes sociais do direito, ou seja, na legislação, nos costumes sociais, sem qualquer referência à moral, a menos que o direito tenha já incluído em seu sistema¹⁵ critérios morais. Com efeito, a Sra Sorenson perderia a causa tendo em vista que nenhuma decisão judicial passada estabeleceu a moral como válida para o caso específico. No entanto, o filósofo do direito não concorda com essa posição, pois para ele o argumento jurídico é inteiramente moral. E segundo ainda sua perspectiva a Sra Sorenson poderia vencer a causa, mas não necessariamente, pois tudo depende da resposta ao difícil questionamento de saber quais são os princípios que podem oferecer a melhor justificação para o caso analisado. Mas, a questão que está por trás e que Dworkin quer deixar claro é que a

¹⁴ DWORKIN, 2010a, pp.201-203.

¹⁵ Dworkin denomina “tese das fontes” de Hart sobre o modo de identificar o direito, seja às fontes sociais, seja à legislação, ou aos costumes sociais, em casos difíceis como o citado acima.

“tese das fontes”¹⁶ não é neutra na argumentação, pois ela toma posição em casos como esse citado. Hart concorda com a seguinte afirmação: os direitos jurídicos de ambas as partes devem ser identificados por meio da consulta às fontes tradicionais do direito, isto é, o juiz deve apenas aplicar a lei ao caso, sem nenhuma preocupação de justificação moral. Segundo Dworkin, fazer tal afirmação já significa adotar uma perspectiva não neutra.

Na perspectiva hartiana a diferença mais central entre ele e Dworkin está relacionado ao que é o direito, tanto no que diz respeito às conexões entre o direito e a moral, como no que concerne à teoria jurídica desenvolvida em *O conceito de direito* e à teoria de Dworkin. Por um lado, para Hart, o direito não tem qualquer justificação moral; a moral apenas pode fazer parte do direito quando for adicionada ao direito preestabelecido. Por outro lado, para o filósofo do direito, todas as proposições de direito envolvem necessariamente juízos morais, de forma que a sua teoria interpretativa serve tanto para identificar o direito como para justificá-lo.

Ademais, acredito ser um ponto importante o aspecto da legalidade. Ainda no mesmo artigo¹⁷, Dworkin traça algumas concepções históricas gerais acerca das diferentes concepções de legalidade. E no caso aqui o que me interessa é a concepção de Hart. A crítica feita ao positivista jurídico recai, sobretudo, na não importância da moral na identificação do direito, e na sua despreocupação com a imparcialidade política. Por um lado, se a identificação do direito for determinada apenas pela consulta às fontes sociais, os cidadãos não saberão quando o Estado intervirá, seja para auxiliar ou para punir. Por outro lado, o poder discricionário dos juízes prejudica a imparcialidade, pois como eles são nomeados e não eleitos, seu poder é antidemocrático e conseqüentemente injusto. No entanto, para Hart, os juízes devem ter o poder de criação de direito, para evitar ter de recorrer a outros métodos, como por exemplo, ao poder legislativo. Se as circunstâncias exigirem, não seria problemático permitir que o juiz exerça a função legislativa, “criando” leis. Porém, Dworkin não concorda, e quer preservar a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Hart nega existência de uma conexão necessária entre o conteúdo do direito e o da moral¹⁸, embora admita que haja ligações distintas entre eles; conseqüentemente, para ele as regras ou os princípios jurídicos podem ter validade mesmo que sejam moralmente injustos. Isso poderia ser compreendido do seguinte modo, a meu ver: uma norma moralmente injusta não

¹⁶ DWORKIN, 2010a, p.233.

¹⁷ DWORKIN, 2010a, p.243.

¹⁸ HART, 1994, p.331.

implica a sua desobediência; logo, a obediência às leis de um sistema jurídico não precisa necessariamente ser por motivos morais.

A separação do direito e da moral, que ele pretende defender, está relacionada à possibilidade de existir tanto direitos como deveres jurídicos sem qualquer justificação moral. Nesse sentido, o positivista considera equivocada a crítica feita por Dworkin ao fato de que os direitos e deveres jurídicos são privados de justificação moral. E está errada pelos seguintes motivos:

os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e deveres requerem atenção como pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral¹⁹ para sustentar a afirmação da sua existência.

O direito para Hart não tem como finalidade *última* justificar a coerção, para a qual contribui a regra de reconhecimento. Nesse ponto se percebe uma diferença de propósito na filosofia do direito dos dois autores: Dworkin pretende estabelecer a legitimidade moral do direito, ao passo que Hart como evidenciado não possui tal objetivo. Ademais, ele classifica sua teoria como positivismo moderado. Isso implica que pode ser atribuída à regra de reconhecimento, como critérios de validade jurídica, a adequação²⁰ com os princípios morais. Essa afirmação é aceita pelos críticos de Hart, o qual ele não cita quem são, mas esses críticos não veem problemas quanto ao acréscimo dos princípios ao direito. Porém, Dworkin não concorda. Apontarei no item que trata sobre a regra de reconhecimento qual é o motivo de tal recusa.

¹⁹ HART, 1994, p.332.

²⁰ No artigo *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Hart explica qual distinção ele quer estabelecer entre o que *é* a lei e o que ela *deveria ser*, porque ela foi confundida com outras teorias positivistas. Hart reconhece a existência de um ponto de intersecção entre o direito e a moral em casos de “penumbra”, por exemplo. Nesses casos, a regra, como tem uma “textura aberta”, o juiz pode interpretá-la, quando uma regra é estipulada num parque sob a seguinte afirmação: “É proibido veículos”. Nesses casos não se pode aplicar uma dedução lógica; pois, há possibilidade de várias interpretações, como por exemplo, pode-se perguntar se essa regra também vale para o uso de bicicletas. No entanto, é importante ter em mente que as decisões em questões de casos de ‘penumbra’ podem ser tomadas à luz de objetivos sociais, e políticas e não necessariamente baseados em princípios morais. Nesse sentido é perceptível, para Hart, o argumento enganador dos utilitaristas que insistem na distinção drástica entre o que *é* a lei, e o que ela *deveria ser*, ou seja, entre o direito e a moral (HART, 1958, p.608).

No “Pós-escrito”, no primeiro capítulo, o positivista inglês além de tentar esclarecer melhor sua teoria tenta também se defender das críticas²¹ feitas principalmente por Dworkin. Desse modo, o positivista discorda de Dworkin sobre a crítica de que a sua teoria²² seria meramente factual. Ao invés disso, ele afirma que em muitos sistemas jurídicos, inclusive no norte-americano, os critérios da validade jurídica podem incorporar princípios de justiça ou valores morais²³ substantivos. Em outras palavras, para o autor a sua teoria positivista inclui não somente fatos, mas pode também incluir valores.

Segundo Hart sua teoria foi mal interpretada como consistindo apenas de regras de “tudo ou nada”. Ele reconhece que deu pouca ênfase aos princípios jurídicos quando aborda o sistema jurídico. Em sua opinião, esses princípios podem ser adicionados à sua teoria sem o abandono das teses centrais, como a regra de reconhecimento, por exemplo. Dessa forma, Dworkin é mais radical do que outros críticos e não aceita o acréscimo dos princípios na teoria hartiana sem o abandono das principais teses do seu livro. Resta identificar por que tal empreendimento não é aceito por Dworkin. No entanto, analisarei esse problema no item 4 que trata sobre a regra de reconhecimento.

A conexão entre direito e moral em ambos os autores aqui estudados se dá em sentidos distintos. Para Hart, por exemplo, a moral pode fazer parte do direito não como justificção, mas como identificação, porém, não necessariamente. Isso significa que a moral não é relevante para a identificação do direito. No entanto, para Dworkin o argumento jurídico é inteiramente moral; isso significa que o direito é justificado e identificado moralmente.

A seguir apresento a distinção feita por Dworkin e Hart entre princípios e regras. Enquanto que para o primeiro há uma nítida distinção, sendo os princípios fundamentais para a identificação do direito, para o segundo há uma diferença apenas de grau entre regras e princípios.

III. Diferença entre regras e princípios

²¹ No “Pós-escrito”, conforme os editores, Hart escreveu apenas um capítulo, que é a resposta às críticas de Dworkin. O segundo capítulo, que seria destinado para responder seus outros críticos, não chegou a ser completado tendo em vista sua morte.

²² Segundo o escrito de Dworkin, Jeremy Bentham foi o fundador da forma inglesa de positivismo jurídico. (DWORKIN, 2010a, p.246).

²³ HART, 1994, p.309.

Dworkin no artigo “Modelo de Regras I” faz uma série de críticas ao positivismo jurídico em geral e principalmente a Hart. Este artigo é fundamental porque foi a partir dele que surgiu a discussão acerca da distinção entre regras e princípios. Para Dworkin, como será evidenciado a seguir, há uma distinção de “natureza lógica” entre regras e princípios. Ele ressalta que às vezes utilizará o termo “princípio” de modo genérico para se referir tanto a princípios quanto a políticas. Mas, é preciso ter em mente que existe uma distinção eles.

Neste artigo ele estabelece uma definição de alguns tipos de padrões (*standards*) dos quais denomina que alguns são regras (*rules*); outros são princípios (*principles*) e outros políticas (*policys*), que são distintos entre si. Este último tem um objetivo a ser atingido, como por exemplo metas de redução de desemprego e acidentes. Já os princípios têm a moralidade como pano de fundo, ou alguma outra exigência de justiça, e são citados tendo como característica a universalidade. Um exemplo de princípio, fornecido pelo próprio Dworkin, é: “ninguém deve se beneficiar de seus próprios atos ilícitos”. Outra característica dos princípios é que eles têm uma dimensão de peso: alguns são mais importantes que outros.

As regras diferenciam-se dos princípios e não tem a dimensão de peso. A diferença entre eles [entre os princípios e as regras] é de “natureza lógica” como dito anteriormente. As regras são válidas ou não válidas, e se são válidas devem ser aceitas. Se há um conflito entre elas, uma delas não é válida. Exemplo de uma regra: “é permitido dirigir a 60 km/h na via urbana”.

Os dois tipos de padrões [regras e princípios] orientam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica. Porém, Dworkin ressalta que existe uma distinção quanto à natureza dessa orientação. As regras têm como característica a aplicação no sentido “tudo ou nada”; os princípios, ao contrário, não tem uma aplicação necessária²⁴, mas apenas “enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”. Porém, mesmo assim ainda precisa de uma decisão particular para ser aplicado.

É interessante notar que muitas vezes não é a forma que diferencia um princípio de uma regra, mas o contexto em que está inserido. Por exemplo, “Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas” e “Um homem não deve beneficiar-se de seu próprio ato ilícito”²⁵ não se diferencia muito em relação à forma; mas para saber o que é um e outro, deve se

²⁴ DWORKIN, 2010b, p.41.

²⁵ DWORKIN, 2010b, p.43.

procurar entender em que contexto está inserido. Para Dworkin, como essas expressões estão dentro do sistema jurídico norte-americano, o primeiro é uma regra e o segundo é um princípio.

Em contrapartida Hart não aceita a distinção de “natureza lógica” entre regras e princípios. É no “Pós-escrito”²⁶ em que é feita uma diferenciação entre princípios e regras. Existem duas diferenças entre eles. A primeira delas é uma questão de grau, os princípios são gerais, extensos; por exemplo, muitas vezes algumas regras são tomadas como exemplificações de um único princípio. A segunda diferença é que os princípios como aludem a um objetivo, um valor, podem ser objeto de aprovação, e sendo assim podem tanto fornecer um fundamento lógico como podem contribuir para a justificação das regras.

Além dessas diferenças há outra, que para Hart é uma diferença de grau. A discordância se dá acerca do caráter sempre *determinante* que a regra possui quando aplicada a um caso. Em outras palavras ele não concorda que a característica da regra seja “tudo ou nada”. Ele trata as regras como sendo mais importantes que outras. E se alguma regra for superada por outra mais importante, ela sobrevive tal como um princípio, para ser aplicada em outros casos.

Após a breve definição da distinção entre regras e princípios, percebe-se outro desacordo entre o positivista e o filósofo do Direito. Hart não aceita a ideia de que se uma regra válida for aplicada a um determinado caso, ela deve, diferente do princípio, ser conclusiva, no sentido de ser aplicada necessariamente. Ainda segundo o positivista, o pensamento de Dworkin é incoerente, porque nos seus primeiros escritos defende a existência de conflitos entre regras e princípios, sendo que um princípio pode ganhar ou perder na disputa com uma regra. Porém, nesse conflito, por exemplo, se um princípio prevalece sobre uma regra, mostra-se que a regra não tem a característica de “tudo-ou-nada”²⁷, pois pode entrar em conflito com princípios. Embora Dworkin afirme que o conflito não seja entre regras e princípios, mas entre princípios, mesmo assim não há como defender uma nítida distinção entre regras e princípios, segundo Hart.

No entanto, o positivista vê a possibilidade de solucionar a incoerência do sistema jurídico proposto por seu crítico, como constituído por regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos, desde que se admita que não há uma nítida distinção entre regras e princípios²⁸, apenas uma distinção de grau.

²⁶ HART, 1994, p.322.

²⁷ HART, 1994, p.324.

²⁸ HART, 1994, p.325.

A seguir, apresento primeiramente a crítica de Dworkin de que a regra de reconhecimento proposta no modelo de Hart não pode ser aplicada aos princípios tal como se pode aplica-la às regras. Depois, a resposta de Hart de que é possível a conexão entre os princípios como parte do direito e a regra de reconhecimento.

IV. A Regra de reconhecimento [critério de validade das regras]

Este item trata sobre a regra de reconhecimento²⁹, que serve como critério de validade das regras, proposta pelo modelo hartiano. Para Dworkin o modelo de regras proposto pelos positivistas acaba por desconhecer o papel fundamental desempenhado pelos princípios, pois o teste oferecido pela regra de reconhecimento é aplicado apenas para as regras, tornando os princípios não-obrigatórios. Dworkin reconhece a existência de padrões que podem ser tanto princípios como políticas, que, em conjunto com as regras, fazem parte do direito.

No capítulo 2, o “Modelo de Regras I”, do livro *Levando os direitos a sério*, Dworkin tentará analisar se o teste sugerido por Hart para identificar a validade das regras jurídicas pode também ser aplicado aos princípios. Nesse sentido, segundo o autor, para o positivista grande parte das regras de direito são válidas pelos seguintes motivos: (i) alguma instituição a promulgou; (ii) outras regras foram criadas por meio do poder legislativo; e (iii) outras foram criadas pelos juízes, os quais as criaram para um caso particular e as instituíram para as decisões futuras. Em poucas palavras, para Hart, conforme o filósofo do direito, uma regra pode ser considerada *obrigatória* ou porque é aceita ou porque é válida. Para Hart, uma regra é aceita porque é usada, de um ponto de vista interno, e aplicada, pois uma regra do sistema jurídico³⁰ é reconhecida como válida.

Para explicar a insuficiência do teste de *pedigree* quando se trata de princípios, Dworkin afirma que não se aplica tal teste em casos quando, por exemplo, há um conflito entre dois princípios; sendo por um lado a política de proteção aos compradores de automóveis; e, por outro lado, o princípio de liberdade de contrato. A solução desse caso se dará em qual princípio tem mais peso. Ora, a descoberta da origem desses princípios se dá na compreensão do que é adequado, desenvolvido pelos juristas durante um longo período de tempo; ou seja, a identificação dos princípios se dá por meio de um *teste* interpretativo; e não há como inventar

²⁹ Dworkin denomina questões de *pedigree*.

³⁰ HART, 1994b, p.114.

uma fórmula para testar o quanto de apoio institucional é necessário para que um princípio seja considerado genuinamente jurídico. Os argumentos utilizados em favor de um princípio não se situam em um plano diferente daquele dos princípios, tal como tem em vista a regra de reconhecimento de Hart, que busca resolver o caso “além do direito”. O problema para o autor do artigo “Modelo de Regras I” está relacionado aos princípios, porque como eles não podem ser *testados* pela regra de reconhecimento, segue-se que eles “não têm *obrigatoriedade de lei*”³¹ para o positivista. Sendo assim, restaria aos positivistas apresentarem uma outra razão para explicar por que os princípios não podem ser considerados parte do direito.

No entanto, Dworkin afirma que se os princípios forem adicionados como parte do direito, então deve ser recusada a teoria positivista que defende que o direito de uma comunidade é distinguido de outros padrões sociais “por meio de algum teste que toma a forma³² de uma regra suprema”; ou seja, se os princípios forem adicionados como sendo parte do direito, então a regra de reconhecimento deve ser abandonada porque ela não tem como identificar a existências dos princípios. A regra de reconhecimento, que serve para identificar a validade das regras, tem a consequência de desprover os princípios de obrigatoriedade³³ de lei. E se os princípios não são obrigatórios, segue-se que o juiz não possui limites no seu poder discricionário.

Na explicação do que seria a regra de reconhecimento, Hart a compara com os critérios³⁴ utilizados em um jogo de futebol. No jogo existem alguns critérios que precisam ser satisfeitos para que uma equipe alcance a vitória. A regra que define o que é um impedimento, por exemplo, não é formulada, mas aceita por todos. E o árbitro é quem dirá se a regra é válida ou não. Do mesmo modo, a regra de reconhecimento é o critério usado para que uma regra seja considerada válida. E entre os critérios, alguns são supremos em relação a outros. Essa regra de reconhecimento é uma regra *última*. A questão fundamental é que a base de um sistema jurídico é a regra de reconhecimento e não o mero hábito de obediência ao Soberano. Então, a existência do direito se constitui a partir dos *testes* estabelecidos por tal regra e da aceitação das regras pela maioria da população. Hart define a regra de reconhecimento³⁵ como um tipo de regra judicial costumeira, “que somente existe se for aceite e executada nos atos dos tribunais de identificação do direito e de aplicação deste”.

³¹ DWORKIN, 2010b, p.58.

³² DWORKIN, 2010b, p.70.

³³ DWORKIN, 2010b, p.58.

³⁴ HART, 1994b, p.113.

³⁵ HART, 1994, p.318.

Para Hart os princípios jurídicos podem ser identificados por critérios de *pedigree*³⁶ e não pelo seu conteúdo. O princípio, por exemplo, “ninguém pode aproveitar-se do seu próprio ato ilícito”, na medida em que é invocado em uma série de casos distintos pelos juízes, pode ser identificado como direito. Sendo assim, a regra de reconhecimento não precisa ser abandonada se os princípios forem adicionados como sendo parte do direito, porque ela pode fornecer *testes* que dizem respeito à conformidade com os princípios morais e não com o conteúdo factual das leis.

Para demonstrar que isso é coerente, e que uma regra de reconhecimento é necessária se o critério usado para identificar os princípios é o teste interpretativo, ele oferece duas razões:

na terminologia do *Law' Empire*, as regras e práticas jurídicas que constituem os pontos de partida para a tarefa interpretativa de identificação de princípios subjacentes ou juridicamente implícitos constituem “direito pré-interpretativo” e muito do que Dworkin diz acerca dessa matéria parece apoiar o ponto de vista que, para a sua identificação, é necessário algo muito semelhante a uma regra de reconhecimento³⁷ que identifique as fontes de direito de forma autorizada.

Desse modo, o próprio Dworkin reconhece, segundo Hart, que quando os juízes decidem um caso, por exemplo, se baseiam na doutrina da supremacia legislativa, significa que seus colegas predecessores identificam que uma fonte [constituição] é superior em relação à outra fonte. Pois, isso é necessário para impor limites às convicções dos juízes. É a regra de reconhecimento que especifica as fontes de direito e as relações de superioridade e inferioridade que se estabelecem entre essas fontes. Logo, Hart conclui afirmando que a identificação das fontes de direito de Dworkin é, em termos de conteúdo, a mesma que a sua.

Hart segue argumentando que, embora existam grandes diferenças teóricas entre ambos, há um ponto em que ele e Dworkin estão de acordo: o critério para a identificação dos princípios pode ser fornecido pela regra de reconhecimento em alguns sistemas jurídicos. Isso é assim pelo seguinte motivo: como na explicação de Dworkin a teoria da interpretação envolve muito pensamento e prática sociais, poderia existir alguns sistemas jurídicos concretos aos quais seria impossível aplicar tal interpretação holística. Aqui Hart percebe que a identificação dos princípios por meio de uma interpretação tal como Dworkin pretende, ou seja, que envolve toda uma prática jurídica passada seria, em última instância, impraticável.

³⁶ Dworkin concorda que não existe papel de tornassol para testar o peso de um princípio. (DWORKIN, 2010b, p.58). O problema é que se admitir que em cada sistema legal existe um teste [regra de reconhecimento] que identifica as leis obrigatórias, segue-se que os princípios não possuem obrigatoriedade de lei, pois eles não podem ser submetidos a tal teste.

³⁷ HART, 1994, p.329.

No último item tratado nesse artigo, analiso a crítica de Dworkin ao poder discricionário do juiz. E a sua defesa de que em “casos difíceis” o juiz deve se basear em alguns padrões [princípios], pois eles orientam a decisão. Também aponto a versão de Hart de que o juiz pode “criar” direito na ausência de aplicação de uma regra.

V. A discricionariedade

O debate sobre o qual Dworkin e Hart são conhecidos em filosofia do direito versa sobre o poder discricionário. Para o filósofo do direito, por exemplo, haverá casos, os “casos difíceis”, em que os juízes, a fim de resolvê-los, precisarão recorrer a princípios e políticas³⁸, e não a regras, sem, contudo, deixar de recorrer ao direito preexistente.

Na visão de Dworkin os princípios desempenham um papel fundamental no poder discricionário, o qual não é evidenciado pelos positivistas. A discricionariedade no sentido forte do termo é definida em “Modelo de Regras I”³⁹ como o direito sendo visto como um sistema meramente de regras e que os juízes ao decidirem um caso mudam regras antigas por novas.

O problema que o filósofo do direito identifica é acerca da *obrigatoriedade* das regras e princípios. Se uma regra se aplicar ao um caso, então esta regra impõe uma *obrigação* ao juiz. Uma crítica feita aos positivistas é justamente sobre a ausência de obrigatoriedade da qual estão submetidos. Por exemplo, quando as regras se esgotam, isto é, num caso em que uma regra não se aplica, o juiz possui o poder discricionário para decidir o caso, e sendo assim ele cita os padrões que não são regras. A questão é que estes padrões não impõem nenhuma obrigação a eles. E essa afirmação é, sem dúvida, um equívoco para Dworkin.

Na teoria positivista existirá *obrigação jurídica* se uma regra puder ser aplicada a um caso específico. No entanto, em um “caso difícil” em que não é possível encontrar uma regra, não há obrigação⁴⁰ enquanto o juiz não cria uma nova regra. É nesse ponto que se confundem os papéis do poder judiciário e legislativo. O problema é que a tese do poder discricionário no sentido forte, entendido nesse sentido, acaba por negligenciar a existência do direito legal, porque há ausência de um padrão ou obrigação com que o juiz deve se guiar para mudar a regra.

³⁸ DWORKIN, 2010b, p.36.

³⁹ DWORKIN, 2010b, p.62.

⁴⁰ DWORKIN, 2010b, p.70s.

Nesse sentido, o juiz enquanto legislador⁴¹ ‘cria’ uma regra e a aplica ao caso de modo retroativo. Ora, criar uma regra para um caso que já ocorreu [*ex post facto*] é, no mínimo, injusto. Dworkin⁴² não concorda e na ausência de uma regra é dever do juiz descobrir, antes que inventar os direitos retroativamente. É importante considerar, segundo Dworkin, que para os positivistas o juiz tem o poder discricionário apenas quando *não* há uma regra clara, diferenciando-se assim de alguns nominalistas para os quais os juízes têm esse poder mesmo quando existe uma regra que se aplica ao caso.

Alguns positivistas podem até considerar alguns padrões [princípios] como *obrigatórios*, mas argumentam também que eles são *necessários* na adjudicação judicial. O problema disso é que nenhuma regra⁴³ seria considerada obrigatória. No entanto, para Dworkin as regras são necessárias, e os princípios é que orientam a decisão. Então o problema seria resolvido desde que se admita que existam padrões obrigatórios, mas não necessários, para os juízes, das quais eles se guiariam para poder ou não revogar uma lei.

Na perspectiva de Dworkin⁴⁴ uma *obrigação jurídica* pode ser estabelecida por princípios e por uma regra estabelecida desde que se abandone tal doutrina positivista do poder discricionário e se acrescente os princípios como sendo parte do direito. Para Dworkin, a revisão de regras deve ser uma atividade regulada por princípios.

Existem duas condições para que se possa revogar uma lei: uma é necessária e outra é suficiente. Na primeira condição, me utilizo de um exemplo dado pelo autor, que ajuda a esclarecer esse ponto, há uma regra que dita: todos têm direito a herança. No entanto, dado um caso em que um indivíduo matou seus pais para receber o benefício, segue-se que a regra não é aplicada. Sendo assim, o juiz deve decidir o caso com base no princípio de que ‘ninguém pode se beneficiar do seu próprio ato ilícito’. Aqui a decisão se dá no âmbito de que o princípio justifica a mudança da regra. Houve uma interpretação da lei. Nesse caso, o juiz deve identificar os princípios dentro do ordenamento jurídico e não “criar” regras.

⁴¹ DWORKIN, 2010b, p.49s.

⁴² DWORKIN, 2010b, p.127.

⁴³ DWORKIN, 2010b, p.59.

⁴⁴ No artigo intitulado “Jurisprudential Oaks from Mytical Acorns: Hart-Dworkin Debate Revisited”, Phang argumenta que a visão de Hart e de Dworkin é, em última instância, a mesma. Nesse sentido, na sua perspectiva, Dworkin assume uma forma de “poder discricionário” mitigado. A sua crítica a Hart, conforme Phang, está equivocada, pelo seguinte motivo: Hart não defende uma total liberdade do juiz no exercício do poder discricionário. Pois, para ele os tribunais reconhecem as normas jurídicas como padrões que devem ser seguidos. E o que são estes padrões? Para Phang são parecidos senão idênticos aos princípios de Dworkin (PHANG, 1990, p.391s).

A questão que se levanta é: como o juiz decide um “caso difícil”? Ele deve levar em consideração quais são os princípios mais importantes, pois não basta dizer que qualquer princípio pode ser invocado para mudar alguma regra. Se assim fosse entendido, então não teria porque existir as regras. Uma ressalva importante que Dworkin estabelece é a seguinte:

é preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança⁴⁵ ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.

Sendo assim, a decisão do juiz em um “caso difícil” deve julgar qual princípio tem mais peso, e essa mensuração não é exata, tendo em vista que o direito não é uma ciência. Poderá haver discordância sobre qual princípio ou qual política é mais importante, pois não existe nenhum procedimento mecânico⁴⁶ para mostrar quais são os direitos dos envolvidos. A decisão se dará na melhor justificação moral possível, sendo que para todo “caso difícil” há uma resposta correta. É importante mencionar que a resposta correta para os “casos difíceis” não têm pretensão de ser uma verdade absoluta.

A questão central é que a decisão deve ser justificada, e deve estar de acordo com o direito preestabelecido. Sendo que é a moral que fundamenta o direito, pois uma regra pode ser alterada com base em algum princípio, princípio que está baseado em convicções morais da comunidade; tornando, desse modo, o sistema jurídico obrigatório. Isso significa que a moral e o direito são indissociáveis, pois, o princípio que é invocado na falta de uma regra faz parte dos costumes [*commom law*⁴⁷] e também do próprio direito. Em outras palavras, o padrão de correção dos princípios é a própria comunidade na qual o indivíduo está inserido.

De acordo com a segunda condição, para que uma regra possa ser alterada o juiz deve levar em consideração alguns padrões importantes, que podem ser princípios, os quais se opõem a determinada regra. Estes padrões envolvem⁴⁸: “a doutrina da supremacia do poder legislativo, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do poder legislativo”. Nesse sentido, os juízes não possuem total liberdade para escolher entre os

⁴⁵ DWORKIN, 2010b, p.60.

⁴⁶ DWORKIN, 2010b, p.127.

⁴⁷ Direito costumeiro.

⁴⁸ DWORKIN, 2010b, p.60.

princípios e políticas que fazem parte dessa doutrina. Caso contrário, se eles tivessem liberdade ilimitada nenhuma lei seria obrigatória, conseqüentemente não existiria direito.

Conforme Hart, no “Pós-escrito”⁴⁹, em qualquer sistema jurídico haverá casos em que o direito não dirá qual decisão adotar, por exemplo, quando há uma lacuna na lei, ou em “casos difíceis” como Dworkin denomina. Nessas condições o direito se apresenta para Hart como parcialmente indeterminado e incompleto. Se nessa situação couber ao juiz dar uma decisão⁵⁰, este deve utilizar-se o poder discricionário. Explicando melhor, o juiz deve “criar” direito para o caso ao invés de aplicar o direito preexistente.

Um aspecto importante levantado por Hart⁵¹ é que no poder de criação de direito, o juiz cria a regra apenas para o caso particular concreto, não estabelecendo novas leis, ou seja, não usando esse poder discricionário para “valer” na legislação. Como haverá casos em que o direito vigente não tem como ditar qualquer decisão que seja correta, o juiz deve criar direito para decidir o caso. No entanto, Hart adverte, ele não deve usar o poder discricionário de forma arbitrária, tem o dever de justificar sua decisão por determinadas razões gerais. Ademais, o juiz deve se colocar no lugar de um legislador e decidir o caso conforme as suas crenças e valores. No entanto, o positivista, pelo menos no “Pós-escrito”, deixa vago a explicação de que o juiz quando usa o poder discricionário deve justificar sua decisão por certas razões.

Considerações finais

Para concluir, o artigo mostrou algumas divergências entre o filósofo do direito e o positivista inglês. As discordâncias concernem à relação entre o direito e a moral. Para Hart a moral confere apenas sentido ao direito, não condicionando a sua validade. Em outras palavras, uma norma que seja moralmente injusta não implica que seja inválida. Isso significa que o direito não é justificado moralmente. Para Dworkin o argumento jurídico é inteiramente moral, ou seja, o direito é tanto justificado como identificado moralmente, pois existe uma inseparabilidade entre a moral e o direito, e isso implica que uma norma que seja injusta não é válida.

Por fim, a grande discussão se deu acerca do poder discricionário. Dworkin critica a discricionariedade por desconhecer os princípios como fundamentais na adjudicação, e defende que

⁴⁹ HART, 1994, p.335.

⁵⁰ São estes padrões que me parece que Andrew Phang se refere quando afirma que no poder discricionário, o juiz segundo Hart, está submetido; o qual deve se guiar na adjudicação.

⁵¹ HART, 1994, p.336.

em “casos difíceis” o juiz deve decidir o caso buscando por princípios dentro do ordenamento jurídico, ou seja, buscando por alternativas internas ao direito. Hart assevera que em casos como este, o juiz deve criar uma nova regra, e isto equivale a buscar por uma solução externa ao direito.

Apesar das divergências entre Hart e Dworkin, pode se identificar algum grau de semelhança. E essa semelhança, a meu ver, se dá acerca do problema que os tornou conhecidos em filosofia do direito, qual seja, sobre o poder discricionário. Na análise do poder discricionário, Dworkin reconhece que os princípios possuem alguma importância. O juiz na decisão de um caso deve observar na ausência de uma regra, os princípios. Ele deve buscar a melhor justificação moral e, sendo assim, buscar por princípios que melhor se conformam ao direito preexistente. Dito de outra forma, o juiz é encarregado de tomar certas decisões conformes aos padrões estabelecidos. E, nesse sentido, ele deve dar um juízo substantivo sobre qual das partes irá ganhar a causa. Porém, a decisão tem limites, os quais são impostos pelo direito.

Logo, Dworkin assume uma forma de discricionariedade, mas não na mesma medida que Hart. Em Hart é claro a defesa acerca do exercício do poder discricionário por parte do juiz porque ele defende que existem casos em que o juiz “cria” direito com o propósito de não ter que recorrer ao poder legislativo.

Referências bibliográficas:

DALL’AGNOL, Darlei. “O igualitarismo liberal de Dworkin”. In: **Revista Kriterion**. Belo Horizonte. Jan./June, 2005, pp.55-69.

DWORKIN, Ronald. “O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política”. Trad. Jefferson Luiz Camargo. In: LEME, M. (Ed.). **A justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010a, pp.199-264.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda (Campus Jurídico), 2010.

HART, H. “Pós-escrito”. In: **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp.299-339.

_____. “O Direito como União de Regras Primárias e Secundárias”. Trad. A. Ribeiro Mendes. In: **O Conceito de Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994a, pp.89-109.

_____. “Os Fundamentos de um Sistema Jurídico”. Trad. A. Ribeiro Mendes. In: **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994b, pp.111-135.

_____. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. In: **Harvard Law Review**, v.71, n.4, 1958, pp.593-629.

PHANG, A. B. L. “Jurisprudential Oaks from Mytical Acorns: The Hart-Dworkin Debate Revisited”. In: **National University of Singapore, Ratio Juris**. v.3, n.3, 1990, pp.385-398.