

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍZA KITZMANN KRUG

**A DISCUSSÃO DO PAPEL DE UMA TEORIA GERAL DESCRITIVA DO DIREITO
NA ESTEIRA DO DEBATE HART-DWORKIN**

Porto Alegre
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍZA KITZMANN KRUG

**A DISCUSSÃO DO PAPEL DE UMA TEORIA GERAL DESCRITIVA DO DIREITO
NA ESTEIRA DO DEBATE HART-DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

Porto Alegre
2016

LUÍZA KITZMANN KRUG

**A DISCUSSÃO DO PAPEL DE UMA TEORIA GERAL DESCRITIVA DO DIREITO
NA ESTEIRA DO DEBATE HART-DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

Aprovada em: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa
Orientador

Prof. Dr. Cláudio Ari Pinheiro de Mello

Prof. Dr. Mateus de Campos Baldin

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não seria possível sem a orientação do Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa. Mesmo tendo se afastado do país para seu pós-doutoramento, sempre se mostrou acessível e disposto a conversar sobre meus questionamentos. Antes de se afastar e após o seu retorno, abriu sua residência aos nossos debates, sempre com um chimarrão amigo. Sou grata à sua orientação e à sua amizade nesse período.

Também sou grata aos professores e colegas dos grupos de pesquisa que participei durante o mestrado, quais sejam o grupo “Justiça Econômica e Justiça Jurídica” e o “Seminários de Filosofia do Direito”, mais conhecidos como o “grupo de quarta” e o “grupo de sexta”. Agradeço, especialmente, ao Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck, ao Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald e ao Prof. Dr. Flavio Vasconcellos Comim. Dentre os colegas, agradeço à amizade e ao companheirismo de Gabriel Bilhalva, Luana Bassegio, Mariana Kuhn, Mateus Baldin, Jaqueline Lucca, Augusto Machado, Patrícia Graeff, Ramiro Peres, Gustavo Razzera, Thomaz Spolaor e Fernando Campos e Bruno Ruffier.

Agradeço aos meus familiares, em especial aos meus pais Luiz Carlos Krug e Dione Iara Silveira Kitzmann, os quais, por meio do exemplo, sempre me mostraram a importância do estudo. Agradeço ainda por terem me propiciado a oportunidade de mudar de cidade para cursar o Mestrado. Ao meu irmão, Breno Kitzmann Krug, espero estar reprisando esse mesmo exemplo. À minha avó, Zilah Silveira Kitzmann, e à minha madrinha, Thirzah Kitzmann Bitencourt, agradeço por terem me recepcionado em Porto Alegre de braços abertos.

Ao meu namorado, Éverton Raphael Motta Reduit, que conheci durante essa jornada, por todo o amor, carinho, companheirismo e apoio que me demonstrou durante esse período desafiador que é a escrita de uma dissertação. Nos momentos de incerteza, sempre esteve presente para conversar, e até mesmo para ler e opinar sobre os meus escritos. Agradeço também à sua família, seu avô Carlos, sua mãe Vania, seus tios Marcos e Andréa, sua dinda Ely e sua prima Andressa. Na distância da minha família, eles me acolheram na sua.

Aos amigos que conheci durante esse período, Raquel Kupske, Régis Nodari, Laura Mattos, Guilherme Caceres e Pablo Bombardelli, pelos momentos de divertimento e descontração. Ao Antônio Rogério da Silva, à Lúcia Prado da Silva, à Marli Prado, ao Enzo da Silva e a tantos outros que conheci na jornada da vida, pela amizade, apoio e força que vêm me conferindo.

Aos meus amigos Marina Lafolga, Bruno Bastos, Claudia Ritta, Bruno Cozza, Mauren Pinho, Paola Xavier, Gabriela Gil e Luisa Cornetet, os quais, apesar da distância, permanecem verdadeiros.

À CAPES, pelo apoio financeiro.

À Deus, sobre todas as coisas.

Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.

Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal.

(Immanuel Kant)

RESUMO

KRUG, Luíza Kitzmann. **A Discussão do papel de uma Teoria Geral Descritiva do Direito na esteira do debate Hart-Dworkin.** 2016. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

O objetivo desta dissertação é discutir o papel de uma teoria geral descritiva do Direito nos moldes propostos por H.L.A. Hart na obra *The Concept of Law*. O trabalho parte das críticas de Ronald Dworkin ao Positivismo de Hart, passando pelas defesas elaboradas pelos autores positivistas e tendo como síntese a superação do debate Hart-Dworkin, com a conclusão de que as duas teorias ocupam espaços distintos na teoria jurídica. O primeiro capítulo é dedicado à reconstrução das críticas de Dworkin ao Positivismo Jurídico, expostas nas obras *Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*. Estas se dividem em duas frentes de ataque: a primeira consiste no argumento de que o Positivismo Jurídico vê o Direito como um sistema de regras, incapaz de dar conta da existência de princípios; a segunda defende que o Positivismo é incapaz de dar conta da existência de desacordos teóricos genuínos em Direito por estar comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view*) e por estar preso ao agulhão semântico (*semantic sting*). O segundo capítulo apresenta a defesa preliminar da teoria de Hart com base em John Gardner, Scott Shapiro e Joseph Raz. Neste capítulo, são desconstruídos os mitos que cercam o senso comum sobre o Positivismo, é elaborado um panorama geral da teoria positivista de Hart, bem como são distinguidas as duas principais correntes positivistas, quais sejam o inclusivismo e o exclusivismo. O terceiro e último capítulo é destinado à apresentação da resposta ao argumento de que o Positivismo é incapaz de explicar a existência de desacordos teóricos genuínos em Direito por estar comprometido com uma tese dos fatos sociais, demonstrando, com base em Luís Duarte d'Almeida e Kevin Toh, que essa crítica é fundada na compreensão equivocada distinção entre os pontos de vista externo e interno. Neste capítulo, também é analisado o aspecto normativo do Direito, com base na noção de fatos institucionais presente na obra *Institutions of Law*, de Neil MacCormick, autor que adota e leva adiante o projeto de uma sociologia descritiva proposto por Hart. O objetivo final do trabalho é demonstrar que não é necessário abandonar o Positivismo descritivo para dar conta das críticas de Dworkin, sendo que ainda há espaço na teoria jurídica para uma teoria geral descritiva do Direito nos moldes propostos por Hart.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Positivismo Descritivo. Debate Hart-Dworkin. Regra de Reconhecimento. Fatos Institucionais.

ABSTRACT

KRUG, Luíza Kitzmann. **The discussion of the role of a General Descriptive Theory of Law in the wake of the Hart-Dworkin debate. 2016. Dissertation (Masters). Faculty of Law, Federal University of Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.**

The aim of this work is to discuss the role of a general descriptive theory of law as proposed by H.L.A. Hart's *The Concept of Law*. The work begins with the critics of Ronald Dworkin to the positivism of Hart, going through the defenses prepared by positivist authors and having as its synthesis the overcoming of the Hart-Dworkin debate, concluding that the two theories occupy distinct areas in legal theory. The first chapter is devoted to the reconstruction of Dworkin's criticism of Legal Positivism, exposed in the works *Taking Rights Seriously* and *Law's Empire*. These fall into two attacking fronts: the first is the argument that Legal Positivism sees the law as a system of rules, unable to account for the existence of principles; the second argues that Positivism is unable to account for the existence of genuine theoretical disagreements in law for being committed to a plain fact view of the grounds of law and for being stung by the semantic sting. The second chapter presents the preliminary defense of Hart's theory based on John Gardner, Scott Shapiro and Joseph Raz. In this chapter, the myths surrounding the common sense of positivism are deconstructed, an overview of the positivist theory of Hart is elaborated, as well as the two main positivists strings are distinguished, namely inclusivism and exclusivism. The third and final chapter is for the submission of the response to the argument that Positivism is unable to explain the existence of genuine theoretical disagreements in law for being committed to a social fact thesis, demonstrating, based on Luís Duarte d'Almeida and Kevin Toh, that this criticism is based on the misapprehension of the distinction between external and internal points of view. In this chapter, it is also analyzed the normative aspect of law, based on the notion of institutional facts present in the work *Institutions of Law*, of Neil MacCormick, author who adopts and carries out the project of a descriptive sociology proposed by Hart. The final objective is to demonstrate that it not is necessary to leave descriptive positivism to account for Dworkin's criticism, and to show that there is still room in legal theory to a descriptive general theory of law as the one proposed by Hart.

Keywords: Philosophy of Law. Descriptive Positivism. Hart-Dworkin Debate. Rule of Recognition. Institutional Facts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RECONSTRUÇÃO DA CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO	13
1.1 Três teses fundamentais do Positivismo Jurídico.....	14
1.2 O Positivismo hartiano sob a ótica de Dworkin	20
1.3 Reformulando a crítica: da impossibilidade dos desacordos teóricos.....	30
1.3.1 O Direito como simples questão de fato	31
1.3.2 O aguilhão semântico	37
1.4 Delimitando a questão fundamental do debate Hart-Dworkin.....	43
2 O POSITIVISMO JURÍDICO DIANTE DO DEBATE HART-DWORKIN.....	47
2.1 O que não significa ser um positivista: uma desconstrução necessária	47
2.1.1 Positivistas são anfitriões da positividade	50
2.1.2 Positivistas são formalistas.....	52
2.1.3 Juízes são a boca da lei.....	54
2.1.4 Juízes são legisladores de meio período.....	56
2.1.5 Positivistas são adeptos da interpretação literal	57
2.1.6 O Direito não possui conexão necessária com a moral	59
2.2 O Positivismo Jurídico de Herbert Hart	61
2.3 O Positivismo diante do argumento da discricionariedade: Positivismo inclusivo e exclusivo	65
2.3.1 Positivismo exclusivo.....	65
2.3.2 Positivismo inclusivo	68
2.4 É o direito um sistema de regras?.....	71
2.5 O Positivismo diante dos argumentos do aguilhão semântico e da <i>plain fact view</i>	79
2.5.1 O aguilhão semântico	79
2.5.2 Os desacordos teóricos: a solução de Shapiro.....	81
3 REINTERPRETANDO A TEORIA DE HART: O PAPEL DE UMA TEORIA DESCRITIVA NO SÉCULO XXI	85
3.1 Como não cair na <i>plain fact view</i> : compreendendo os pontos de vista externo e interno.....	86
3.2 A teoria descritiva não é livre de valores	99
3.3 O aspecto normativo do Direito	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS	135

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como tema a filosofia do Direito, possuindo o objetivo geral de discutir o papel de uma teoria geral descritiva do Direito, nos moldes propostos por Herbert Hart, diante do cenário atual da filosofia jurídica. Para alcançá-lo, será tomado como ponto de partida as críticas de Ronald Dworkin ao Positivismo de Hart, que serão apresentadas no primeiro capítulo. O segundo capítulo será dedicado às respostas a essas críticas, tendo como enfoque as defesas elaboradas por autores que se autodenominam positivistas às críticas formuladas no primeiro capítulo. O terceiro capítulo, por sua vez, constitui-se na síntese dessas teorias, visando superar o debate Hart-Dworkin e demonstrar que, em última análise, as teses desses dois autores e seus seguidores ocupam espaços distintos na teoria jurídica, não sendo necessariamente excludentes.

Observa-se que esta dissertação não possui o objetivo de invalidar a teoria substantiva de Dworkin, mas apenas de afastar as críticas que este apresenta ao Positivismo de Hart, as quais, como será argumentado ao final do trabalho, derivam de uma má compreensão da distinção entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno. Isto acarreta em uma análise equivocada da regra de reconhecimento de Hart por parte de Dworkin, culminando no argumento de que as teorias positivistas, por supostamente não serem capazes de explicar a existência de desacordos teóricos genuínos sobre os fundamentos do Direito, devem ser refutadas.

Os objetivos específicos do trabalho serão concretizados ao longo dos capítulos, sendo que o primeiro capítulo possuirá o objetivo de reconstruir, o mais fielmente possível, as críticas de Dworkin ao Positivismo Jurídico. Além disso, será dado enfoque especial às críticas elaboradas em face da obra de Hart. Serão apresentadas as três teses que Dworkin atribui às teorias positivistas, quais sejam a tese do *pedigree*, a tese da discricionariedade e a tese da obrigação, bem como as razões para Dworkin ter eleito a tese de Hart como a versão mais bem-acabada do Positivismo.

Ainda no primeiro capítulo, serão reconstruídos os argumentos de Dworkin contra o Positivismo de Hart, presentes nas obras *Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*, os quais se dividem em duas frentes de ataque. A primeira consiste no argumento de que o Positivismo Jurídico vê o Direito como um sistema de regras, incapaz de dar conta da existência de princípios. A segunda frente de ataque, por sua vez, defende que o Positivismo é incapaz de dar conta da existência de desacordos teóricos genuínos em Direito por estar comprometido

com uma visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view*) e por estar preso ao agulhão semântico (*semantic sting*). Ao final do primeiro capítulo, com base em Scott Shapiro, propor-se-á uma formulação para a questão fundamental que subjaz o debate Hart-Dworkin, para posterior discussão ao final da dissertação.

O segundo capítulo possuirá o objetivo de apresentar uma defesa preliminar à teoria de Hart com base em autores positivistas (ou até pós-positivistas) que se posicionaram no debate Hart-Dworkin, à exemplo de John Gardner, Scott Shapiro e Joseph Raz. Ao lado de Gardner, realizar-se-á uma desconstrução necessária dos mitos que cercam o senso comum acerca do que significa ser um positivista. Na sequência, será elaborado um panorama geral da teoria positivista de Hart, com base na leitura de Neil MacCormick, abordando-se ainda a distinção entre positivistas inclusivistas e exclusivistas (ou *soft* e *hard*). Ao final do capítulo, proceder-se-á à refutação do primeiro argumento de Dworkin, que sustenta que a teoria de Hart é incapaz de explicar a existência de princípios, bem como será apresentada a compreensão de Raz e de Shapiro acerca da segunda frente de ataque de Dworkin, com posta pelo agulhão semântico e pela *plain-fact view*.

No terceiro e último capítulo, dar-se-á seguimento à apresentação dos contra-argumentos às críticas de Dworkin, buscando-se formular uma resposta à segunda frente de ataque ao Positivismo, que, como referido, consiste na alegação de que o Positivismo seria incapaz de explicar a existência de desacordos teóricos genuínos em Direito, por ser uma teoria calcada na ideia de que o fundamento de validade dos sistemas jurídicos remonta a uma regra social, tratando o Direito como uma simples questão de fato.

Com base em Luís Duarte d'Almeida e Kevin Toh, demonstrar-se-á que a leitura de Dworkin, a qual foi aceita por alguns Positivistas, funda-se em uma incompreensão da distinção entre ponto de vista externo e ponto de vista interno. Na sequência, a partir das críticas de Thomas Bustamante e Jeremy Waldron às teorias descritivas do Direito, argumentar-se-á, com base em Julie Dickson, que as teorias descritivas não são teorias livres de valores.

A última parte da dissertação será dedicada ao aspecto normativo do Direito. Neste ponto, superadas as críticas de Dworkin, será defendido que Neil MacCormick, especialmente na obra *Institutions of Law*, oferece uma interpretação mais adequada da teoria de Hart, fazendo, inclusive, em alguns pontos, uma síntese com alguns aspectos da teoria substantiva de Dworkin, a qual opera uma análise interpretativa do Direito. Além disso, discutir-se-á, ao lado de Shapiro e Gardner, a necessidade de uma norma convencional para o Direito, expressa pela regra de reconhecimento de Hart, dando-se um novo significado para a questão

fundamental do debate Hart-Dworkin proposta por Shapiro e apresentada ao final do primeiro capítulo.

Trilhando este caminho, busca-se, ao final da dissertação, evidenciar que o projeto de uma teoria geral do Direito é mais amplo do que o objetivado pela teoria interpretativa de Dworkin, que consiste em uma teoria da decisão judicial sem pretensões descritivas. Objetiva-se demonstrar que não é necessário abandonar o Positivismo descritivo em favor de um Positivismo normativo para poder dar conta das críticas de Dworkin ou até mesmo para tornar o Positivismo uma tese mais interessante. Nesse diapasão, ao lado de MacCormick, aderimos à empreitada de reconstituir a ideia de uma teoria geral para o Direito, com origem no projeto de uma sociologia descritiva, em conformidade com o apresentado por Hart em *The Concept of Law*.

1 RECONSTRUÇÃO DA CRÍTICA DE DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo Shapiro¹, o debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin supera a disputa sobre se o Direito é ou não um sistema de regras, como argumentado por Dworkin no artigo “The Model of Rules I”², para incluir questões das mais diversas, como a existência da discricionariedade judicial, o papel das políticas públicas (*policies*) na decisão judicial, o fundamento ontológico das regras, a possibilidade de uma Filosofia do Direito descritiva, a função do Direito, a objetividade do valor, a vagueza dos conceitos e a natureza da inferência jurídica. Não obstante, Shapiro considera que há uma unidade no debate Hart-Dworkin, que se organiza em torno da relação entre legalidade e moralidade.

Sob este viés, Shapiro entende que o objetivo da argumentação de Dworkin seria sustentar que, de uma maneira ou de outra, a juridicidade é em última análise determinada não apenas por fatos sociais (*social facts*), mas também por fatos morais (*moral facts*). Assim, a existência e o conteúdo do Direito positivo seriam determinados por uma moralidade jurídica. Essa ideia se opõe à ótica positivista sobre a natureza do Direito, segundo a qual a juridicidade nunca é determinada pela moralidade, mas pela prática social. Isto é, para o Positivismo Jurídico é a prática social, expressa em Hart pela regra de reconhecimento, que determina o que é o Direito em um determinado sistema jurídico.

O objetivo do primeiro capítulo dessa dissertação é reconstruir, o mais fielmente possível, as críticas de Dworkin ao Positivismo Jurídico, especialmente no que tange às críticas realizadas em face da obra de Hart. Para tanto, a *primeira seção* do capítulo apresentará as três teses que Dworkin atribui ao Positivismo como um todo (tese do *pedigree*, tese da discricionariedade e tese da obrigação). Aborda ainda as razões de Dworkin para eleger a teoria de Hart como a versão melhor acabada do Positivismo Jurídico e, dessa forma, o melhor alvo para seu ataque. Como parâmetro de comparação, Dworkin utiliza o Positivismo de John Austin, buscando apoio na análise de Hart a respeito dessa teoria e adotando seus argumentos para sustentar a inadequação dessa versão do Positivismo, concluindo que a tese de Hart é mais bem-acabada.

¹ Shapiro, Scott J. “The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed.” (February 2, 2007). University of Michigan Public Law Working Paper No. 77. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657> Acesso em: 08 out. 2015, p. 3-5. Citado, a seguir, como *HDD*. Nas notas em que a referência é feita à edição original, inclusive quando se tratarem de citações diretas, a tradução para a Língua Portuguesa foi elaborada pela autora dessa dissertação.

² Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. With a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 14-45. Citado, a seguir, como *TRS*.

Na *segunda* e na *terceira* seções será realizada a reconstrução dos argumentos de Dworkin contra o Positivismo de Hart presentes nas obras *Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*. A primeira frente de ataque consiste no argumento de que o Positivismo Jurídico vê o Direito como um sistema de regras, incapaz de dar conta da existência de princípios. Já a segunda defende que o Positivismo é incapaz de dar conta da existência de desacordos teóricos genuínos em Direito por dois motivos: por estar comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view*) e por estar preso ao agulhão semântico (*semantic sting*).

A *quarta* e última seção deste capítulo visa realizar uma síntese das críticas de Dworkin, com o objetivo de explicitar a questão fundamental que está por trás do debate Hart-Dworkin. Essa questão fundamental servirá de base para o restante da dissertação, que pretende confrontar a leitura de Dworkin sobre Hart com a realizada por outros autores, tanto positivistas quanto pós-positivistas, para ao final posicionar-se neste debate.

1.1 Três teses fundamentais do Positivismo Jurídico

Em *Taking Rights Seriously*, Dworkin³ caracteriza o Positivismo Jurídico como parte de uma teoria liberal sobre o que o Direito é, abordando as condições necessárias e suficientes para a verdade das proposições jurídicas, colocando-o ao lado do utilitarismo de Jeremy Bentham. Para o autor, o utilitarismo seria a segunda parte dessa teoria liberal, tratando sobre o que o Direito deve ser (*ought to be*) e sobre como as instituições jurídicas devem se comportar, sustentando que o Direito e suas instituições devem servir ao bem-estar geral (*general welfare*) e a nada mais. Nessa obra, Dworkin sustenta que estas são teses interdependentes, possuindo o defeito de não abarcarem a ideia de que os indivíduos podem opor ao Estado direitos subjetivos (*rights*) anteriores aos criados por uma legislação explícita. O Positivismo Jurídico seria, assim, uma teoria de que os indivíduos apenas possuem direitos subjetivos se estes foram criados por uma decisão política ou prática social explícita. Visando superar e substituir as teorias positivista e utilitarista, Dworkin propõe uma nova teoria liberal sobre o Direito.

³ Dworkin, *TRS*, p. vii-xii.

Stephen Guest⁴, em sua obra sobre Ronald Dworkin, afirma que o Positivismo defende a irrelevância da moralidade para a identificação do Direito. Diante disso, para demonstrar que a juridicidade também é determinada por fatos morais, Dworkin apresenta três teses, as quais acredita serem comuns a todos os positivistas. São essas a “tese do *pedigree*” (*Pedigree Thesis*), a “tese da discricionariedade” (*Discretion Thesis*) e a “tese da obrigação” (*Obligation Thesis*). Comentando a primeira tese, a do *pedigree*, Shapiro⁵ sustenta tratar-se de uma reivindicação composta de duas partes. A primeira parte sustentaria que todo sistema jurídico possui uma regra mestra (*master rule*) para distinguir o Direito do não Direito. A segunda parte, por sua vez, estabelece uma restrição para esta regra mestra, qual seja a de que o critério de juridicidade deve se referir apenas a fatos sociais. É o que se pode confirmar nas seguintes palavras de Dworkin:

(a) O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais usadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos (*specific criteria*), por testes que tem a ver não com seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou a maneira pela qual elas foram adotadas ou desenvolvidas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam serem regras de Direito (*rules of law*) e também de outros tipos de regras sociais (geralmente aglomeradas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz cumprir por meio do poder público.⁶

Disso se extrai que o critério de validade das regras jurídicas, estabelecido pela regra mestra, deve apenas referir-se à fonte (*source*) da regra. A aprovação de uma regra pelo critério da maioria dos votos de uma legislatura eleita é um tipo de fonte. Outras fontes que também podem ser reconhecidas pela regra mestra são os tribunais e os órgãos administrativos. No entanto, Shapiro sustenta que Dworkin entende que as propriedades morais da norma ou ainda a necessidade do exercício de um raciocínio moral (*moral reasoning*) não podem fazer parte do critério de validade aceito pela teoria positivista. Isto é, a regra mestra não pode condicionar a validade ou juridicidade à moralidade.

⁴ Guest, Stephen. *Ronald Dworkin*. Juristis: Profiles in Legal Theory. 3ed. Stanford: Stanford University Press, 2012, p. 27.

⁵ Shapiro, *HDD*, p. 7-8.

⁶ Dworkin, *TRS*, p. 17. No texto original: “(a) The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. The special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their *pedigree* or the manner in which they were adopted or developed. These tests of pedigree can be used to distinguish valid legal rules from spurious legal rules (rules which lawyers and litigants wrongly argue are rules of law) and also from other sorts of social rules (generally lumped together as ‘moral rules’) that the community follows but does not enforce through public power.”

A segunda tese apresentada por Dworkin, a tese da discricionariedade, alega que o Positivismo Jurídico acredita que o Direito é composto apenas por regras jurídicas, ignorando a existência de outros padrões, como os princípios jurídicos. Quando não há regra aplicável, ou a regra existente contiver termos ambíguos ou vagos, o juiz deverá exercer sua discricionariedade para resolver o caso. Dworkin descreveu essa tese, em *Taking Rights Seriously*, da seguinte maneira:

(b) O conjunto dessas regras jurídicas válidas é exaustivo quanto “ao Direito” (“*the law*”), de forma que se o caso de alguém não for claramente coberto por tal regra (porque não existe nenhuma que pareça apropriada, ou aquelas que parecem apropriadas são vagas, ou por alguma outra razão) então o caso não pode ser decidido por meio da “aplicação do Direito” (*by “applying the law”*). Ele deve ser decidido por um oficial, como um juiz, “exercendo a sua discricionariedade”, o que significa ir buscar além do Direito algum outro tipo de padrão para guiá-lo na manufatura de uma regra jurídica nova ou na suplementação de uma antiga.⁷

Segundo Dworkin, o Positivismo Jurídico rejeita a ideia de que direitos jurídicos subjetivos possam preexistir à legislação, pois as regras jurídicas válidas exaurem o conteúdo do Direito. Assim sendo, indivíduos e grupos não podem, por meio da decisão judicial, ter reconhecidos direitos subjetivos diversos daqueles expressamente concedidos pelas regras que compõe o sistema jurídico. Diante disso, quando as regras possuírem bordas imprecisas (*furry edges*)⁸, o juiz positivista não poderá aplicar um suposto Direito preexistente, mas usará de sua discricionariedade para julgar o caso, estabelecendo novos direitos jurídicos que serão aplicados retroativamente. Já a terceira tese, denominada de tese da obrigação, é para Shapiro⁹ uma complementação da tese da discricionariedade para o caso da obrigação jurídica e reivindica que as obrigações podem apenas ser geradas por regras jurídicas:

(c) Dizer que alguém possui uma “obrigação jurídica” (*has a “legal obligation”*) é dizer que o seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que requer que ele faça ou se abstenha de fazer algo. (Dizer que ele possui um direito jurídico, ou possui um poder jurídico de algum tipo, ou algum privilégio ou imunidade jurídica, é afirmar, de forma sintética, que outros possuem reais ou hipotéticas obrigações jurídicas de agir ou não agir de uma determinada maneira com relação a ele.) Na ausência de tal regra jurídica válida não há obrigação jurídica; disso se segue que

⁷ Dworkin, *TRS*, p. 17. No texto original: “(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that of someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion,’ which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.”

⁸ Dworkin, *TRS*, p. 18.

⁹ Shapiro, *HDD*, p. 8.

quando o juiz decide uma questão exercendo a sua discricionariedade, ele não está fazendo cumprir uma regra jurídica referente a essa questão.¹⁰

Essas três teses constituem o esqueleto do Positivismo, podendo possuir variações conforme cada autor. Para exemplificar essas diferenças, Dworkin escolhe a teoria de John Austin, com o objetivo de demonstrar comparativamente que a obra de Hart constitui um alvo de ataque melhor, por ser uma versão mais bem-acabada do Positivismo. Para tanto, Dworkin adota os argumentos utilizados pelo próprio Hart nos primeiros capítulos de *The Concept of Law*¹¹, razão pela qual serão realizadas algumas referências a esta obra na presente seção.

Diante disso, Dworkin¹² argumenta que as diversas versões da teoria positivista diferem principalmente acerca dos testes fundamentais de *pedigree* que uma regra deve observar para ser considerada uma regra jurídica válida. Em *The Province of Jurisprudence Determined*¹³, Austin caracteriza as regras do sistema jurídico como ordens baseadas em ameaças emanadas de um soberano habitualmente obedecido, mas que não obedece habitualmente a ninguém. Dessa maneira, o teste estabelecido pela regra mestra do sistema consiste em realizar a seguinte pergunta: “O que o soberano comandou?”. Já a versão do Positivismo defendida por Hart, que será analisada mais detalhadamente adiante, tem sua regra mestra em uma regra social, a qual Hart denomina de regra de reconhecimento.

Acerca da segunda tese positivista, a da discricionariedade, Dworkin considera que, na hipótese do soberano de Austin não conseguir dar conta de todas as contingências possíveis por meio de um esquema de ordens, acabando por emanar ordens vagas, o soberano concederá aos que fazem cumprir o Direito a discricionariedade de, quando diante de casos novos ou complicados, darem novas ordens. Isto é, os juízes criam uma regra nova ou adaptam uma antiga, que será ou tacitamente confirmada pelo soberano ou rejeitada por meio de uma nova ordem. Por sua vez, a definição de obrigação jurídica presente na teoria de Austin sustenta que alguém possui uma obrigação jurídica se está entre os destinatários de

¹⁰ Dworkin, *TRS*, p. 17. No texto original: “(c) To say that someone has a ‘legal obligation’ is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something. (To say he has a legal right, or has a legal power of some sort, or a legal privilege or immunity, is to assert, in a shorthand way, that others have actual or hypothetical legal obligations to act or not to act in certain ways touching him.) In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation; it follows that when the judge decides an issue by exercising his discretion, he is not enforcing a legal right as to that issue.”

¹¹ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Third Edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green. Oxford: Oxford University Press, 2012. Citado, a seguir, como *CL*.

¹² Dworkin, *TRS*, p. 18-19

¹³ Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. (1832) Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 21.

alguma ordem geral emanada do soberano, estando sob o perigo de sofrer uma sanção a menos que obedeça à ordem.

Dworkin aponta que, apesar de a atratividade da teoria de Austin residir em sua simplicidade, ela é demasiadamente simples. O primeiro problema residiria no fato de que a ideia de que em toda comunidade há uma pessoa, grupo ou instituição que possui o controle último de todos os outros grupos, não parece se sustentar em uma sociedade complexa. Podemos referir o Direito pátrio como um exemplo compatível com a afirmação de Dworkin, uma vez que, na constituição brasileira, bem como na maior parte das constituições contemporâneas, os três poderes são restringidos por meio de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), por meio do qual um poder é limitado pelos demais, o que visa impedir que um se torne soberano com relação aos outros.

Não obstante, o Reino Unido, monarquia parlamentar em que Austin produziu sua teoria positivista, parece ser o tipo de sociedade que mais se adequa à sua teoria. Isso porque se trata de um país em que vige a doutrina da soberania do Parlamento (*sovereignty of Parliament*), com origem na *Bill of Rights* (1689).¹⁴ Sob esta doutrina, o Parlamento é livre, durante toda sua existência como órgão permanente, não apenas de limitações jurídicas externas, podendo sempre aprovar uma lei que contrarie as decisões executivas ou judiciais, mas também de seus próprios atos legislativos anteriores. Essa forma de organização do sistema jurídico, na qual é possível identificar um poder soberano com relação aos demais, consiste no exemplo de sociedade complexa que mais se assemelha à teoria de Austin.

Segundo Hart, a própria teoria de Austin, que sustenta que o Direito é essencialmente o produto de uma vontade juridicamente livre, influenciou teóricos constitucionais mais antigos a considerar a existência de uma legislatura soberana uma necessidade lógica.¹⁵ No entanto, o Reino Unido, ao lado de algumas outras democracias parlamentares, como Nova Zelândia, Finlândia e Israel, é um dos poucos países a adotar um poder soberano ilimitado¹⁶ com relação aos demais, assistindo razão aos críticos de Austin quando afirmam que sua teoria não é compatível com a realidade dos sistemas jurídicos complexos.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183.

¹⁵ Hart, *CL*, p. 149.

¹⁶ Com a entrada do Reino Unido na União Europeia, a continuidade da doutrina da soberania do Parlamento se tornou um tema controverso, diante da supremacia do Direito da Comunidade Europeia no âmbito do Reino Unido. Ver MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty*. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 63-78 (cap. 5).

Conforme Dworkin¹⁷, outro indicativo da demasiada simplicidade da teoria de Austin decorre da incapacidade de sua teoria em explicar ou mesmo reconhecer alguns fatos marcantes sobre as regras, não demonstrando que as regras e as sanções jurídicas são obrigatórias de uma maneira diferente dos comandos não jurídicos. Isso porque situa a autoridade do Direito na habilidade e vontade do soberano em infligir um mal àqueles que o desobedecem. Ao analisar a teoria de Austin, Hart¹⁸ conclui que o modelo de ordens baseadas em ameaças torna o conceito de Direito mais obscuro do que revela algo sobre ele. Considera que a ideia de hábito de obediência não é capaz de explicar o caráter contínuo da autoridade de criar o Direito por uma sucessão de legisladores diferentes, bem como a persistência de leis muito tempo depois de que seu criador e aqueles que lhe obedeciam habitualmente tenham perecido.

Nesse sentido, a teoria de Austin tem dificuldade de explicar adequadamente a terceira tese positivista apresentada por Dworkin, referente às obrigações decorrentes de regras jurídicas válidas. Sua tese não parece ser diferente de uma situação envolvendo um homem armado que ordena que outro lhe entregue o dinheiro, ameaçando lhe dar um tiro em caso de desobediência. Para Hart, a obrigação jurídica em Austin seria análoga à situação do homem armado em larga escala (*the gunman situation writ large*)¹⁹, servindo para ilustrar as noções de obrigação e de dever. O homem armado equivaleria ao soberano habitualmente obedecido e as ordens não seriam mais singulares, mas gerais. A plausibilidade dessa analogia reside na afirmação de que o homem não armado, ao obedecer, estava obrigado (*was obliged*) a entregar o dinheiro. Ressalta, porém, que seria um equívoco afirmar que ele tinha uma obrigação (*had an obligation*) ou um dever (*duty*) de entregá-lo.

Alguém está obrigado (*is obliged*) quando, ao cumprir a ordem, o faz por acreditar que um mal ou outra consequência desagradável recairá sobre si se não o fizer, e ele o faz para evitar essa consequência. Estar obrigado possui relação com as crenças e os motivos segundo os quais se realiza uma ação. Além disso, a ameaça não pode ser trivial, necessitando tornar uma atitude que seria preferível (ficar com o dinheiro) menos atrativa, bem como deve ser crível. No entanto, a afirmação de que alguém tem uma obrigação (*has an obligation*) permanece verdadeira mesmo se a pessoa acreditar que ela não será descoberta e, portanto, não tem nada a temer em consequência da desobediência.

¹⁷ Dworkin, *TRS*, p. 18-19.

¹⁸ Hart, *CL*, p. 49-51.

¹⁹ Hart, *CL*, p. 82-85.

Segundo Hart, Austin tratou as proposições sobre obrigações não como proposições psicológicas, mas como previsões ou avaliações das chances de que a punição ocorra. Contudo, a não conformação com uma regra não gera apenas uma previsão de que uma reação hostil irá se seguir, mas oferece também uma razão ou justificativa para tal reação e para a aplicação de uma sanção. Deve-se apontar, inclusive, que a afirmação de que alguém tem uma obrigação diante de uma regra e a previsão de que ela provavelmente sofrerá uma sanção em decorrência da desobediência podem divergir, sem que isso implique uma contradição, uma vez que essa pessoa pode ter sucesso em escapar da fiscalização estatal.

Diante dos aspectos da teoria de Austin ora abordados, Dworkin²⁰ conclui pela necessidade de buscar uma versão mais complexa do Positivismo Jurídico, que acredita encontrar na teoria de Hart. A primeira maneira em que o Positivismo de Hart é mais complexo do que o de Austin é o reconhecimento de que as regras podem ser de diferentes tipos lógicos, o que está presente na distinção entre regras primárias e secundárias. A segunda é a rejeição da ideia de que a regra seja uma forma de comando, substituída por uma análise geral mais elaborada sobre o que são as regras. Uma regra difere de uma ordem por ser normativa, isto é, por estabelecer um padrão de comportamento que possui um apelo sobre o destinatário que vai além de uma ameaça. Quem estabelece a regra deve possuir autoridade para criá-la, sendo que tal autoridade não deriva da força física, mas de outra regra preexistente que já vincula os seus destinatários. São esses os pontos que serão explorados a seguir.

1.2 O Positivismo hartiano sob a ótica de Dworkin

Nesta etapa, havendo demonstrado o motivo pelo qual elegeu a tese de Hart como a versão do Positivismo Jurídico a ser enfrentada, uma vez que a considerou a forma melhor acabada dessa teoria, Dworkin passa a expor a sua leitura do Positivismo hartiano. Segundo Dworkin,²¹ a autoridade das regras em Hart pode ser encontrada em duas fontes. A primeira maneira pela qual uma regra pode tornar-se vinculativa (*binding*) com relação a um grupo de pessoas é quando esse grupo a aceita como um padrão de conduta por meio de sua prática. Diferencia-se do mero hábito porque aqueles que seguem a prática consideram a regra como

²⁰ Dworkin, *TRS*, p. 19-20.

²¹ Dworkin, *TRS*, p. 19-22.

vinculante, bem como a reconhecem como a razão ou a justificativa do seu comportamento e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecerem.

A segunda fonte de autoridade é quando a regra é promulgada (*enacted*) em conformidade com uma regra secundária que estipula que regras criadas daquela maneira serão vinculativas. Dworkin exemplifica essa questão com a constituição de um clube que estabelece que o seu estatuto social (*by-laws*) será adotado pelo voto da maioria dos membros. Assim, as regras aprovadas dessa maneira são vinculativas não em razão de uma prática, mas em razão da constituição desse clube. Regras criadas com base em uma regra secundária são consideradas regras válidas.

As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias – regras que conferem direitos e impõe obrigações sobre os membros da comunidade – vinculativas em razão de uma prática de aceitação. Como não é possível diferenciar nesse estágio as regras jurídicas de outras regras sociais, não é possível afirmar que tal comunidade possua Direito. No entanto, quando essa comunidade estabelece uma regra secundária que estipule como as regras jurídicas primárias devam ser identificadas, o que Hart denomina regra de reconhecimento, surge a ideia de um conjunto distinto de regras jurídicas e, com isso, nasce a noção de Direito.

Como a regra de reconhecimento é última, não pode haver regra mais fundamental que determine sua validade. É, portanto, a única regra de um sistema jurídico cuja força vinculativa depende de ser uma regra socialmente aceita. Para conhecer a regra de reconhecimento de uma dada comunidade é necessário observar como se comportam os seus cidadãos, em especial aqueles responsáveis pela aplicação do Direito, os oficiais do Estado (*officials*). Isto é, é necessário observar quais argumentos estes oficiais aceitam como demonstrando a validade de uma regra e quais utilizam para criticar outros oficiais ou instituições, dentro da esfera do aparato governamental das legislaturas, cortes, órgãos, polícias e etc.

Desta regra de reconhecimento deriva a autoridade das instituições para criar o Direito, tratando-se de parâmetros constitucionais aceitos pela comunidade que estabelecem o pano de fundo diante do qual agem as instituições. Este pano de fundo estabelecido pela regra de reconhecimento legitima as decisões governamentais, que se tornam capazes de criar e exigir o cumprimento de obrigações. Esta tese vem sanar o problema existente nos comandos do soberano de Austin, que mais se assemelhavam a ordens de um homem armado do que a regras de um sistema jurídico complexo. Além disso, a regra de reconhecimento de Hart é mais flexível que a tese do soberano de Austin, permitindo que sistemas jurídicos diferentes

possuem formas diferentes de criação do Direito, não se limitando necessariamente à legislatura.

Após explicar sobre como a abordagem de Hart sobre regras primárias e secundárias é mais complexa que a tese de Austin, Dworkin expõe sua estratégia de ataque ao Positivismo, nos termos seguintes:

Eu quero fazer um ataque geral ao Positivismo, e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico for necessário. Minha estratégia será organizada ao redor do fato de que quando os advogados argumentam ou disputam a respeito de direitos jurídicos subjetivos (*rights*) e obrigações jurídicas, especialmente naqueles casos difíceis (*hard cases*) nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles utilizam padrões que não funcionam como regras, mas operam de maneira diferente como princípios, políticas (*policies*), e outros tipos de padrões. O Positivismo, eu argumentarei, é um modelo de e para um sistema de regras, e sua noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a perder de vista os papéis importantes desses padrões que não são regras.²²

Destaca-se que, neste ponto, Dworkin já deixa evidente o cerne da crítica exposta em “The Model of Rules I”, qual seja, que o defeito do Positivismo consiste no fato de que este não dá conta da existência de outros padrões jurídicos que não sejam as regras. Uma vez que os juízes se consideram vinculados pelo Direito na maioria dos casos, mesmo na ausência de regras claramente aplicáveis, a tese da discricionariedade defendida pelo Positivismo não seria plausível. Neste texto, Dworkin usa o termo “princípios” para se referir indistintamente a princípios ou políticas, mas considera relevante distingui-los. Políticas são padrões que estabelecem objetivos (*goals*) a serem alcançados, normalmente um avanço no aspecto econômico, político ou social de uma comunidade. Já princípios são padrões que devem ser observados, não porque irão avançar ou assegurar alguma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque se trata de uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou de alguma outra dimensão da moralidade.²³

Para diferenciar princípios (no sentido amplo, incluindo o conceito de políticas) das regras, Dworkin utiliza dois exemplos,²⁴ os quais alega ter escolhido aleatoriamente, afirmando que praticamente qualquer exemplo retirado de um manual jurídico universitário

²² Dworkin, *TRS*, p. 22. No texto original: “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H.L.A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.”

²³ Dworkin, *TRS*, p. 22.

²⁴ Dworkin, *TRS*, p. 23-24.

também serviria. O primeiro caso citado é o *Riggs v. Palmer* (1889),²⁵ no qual a corte de Nova Iorque teve que decidir se um indivíduo nomeado no testamento de seu avô poderia herdar os bens que lhe foram destinados, mesmo tendo assassinado seu avô para receber a herança. A corte considerou que as regras que regem a criação e execução de testamentos, tomadas literalmente, dão a propriedade ao assassino. No entanto, também argumentou que todas as leis e contratos devem ser controlados na sua operação e efeitos por máximas gerais e fundamentais do *common law*. A corte negou a herança ao assassino, concluindo que nenhum homem pode ter a permissão de lucrar por meio de sua própria fraude, ou tirar vantagem de seu equívoco, ou encontrar qualquer reivindicação em sua iniquidade, ou adquirir propriedade por meio de um crime.

O segundo caso utilizado como exemplo é o *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (1960),²⁶ no qual a corte de Nova Jersey se viu diante da questão de se (ou o quanto) um fabricante de automóveis poderia limitar sua responsabilidade (*liability*) na hipótese de defeito do automóvel. Apesar de ter o requerente assinado sua aceitação da renúncia de responsabilidade civil por parte da empresa por ocasião da compra do automóvel, não existindo regra explícita que autorizasse a corte a ignorar esse documento, esta decidiu a favor do requerente. Em sua argumentação, a corte fez referência a vários padrões, dentre eles o de que a liberdade de contratar não é uma doutrina imutável que não admita qualificação, bem como o de que o fabricante de automóvel possui uma obrigação especial conectada com a construção, promoção e venda de seus veículos, que gera a necessidade de que a corte analise detidamente esses contratos para averiguar se o interesse público e do consumidor foram tratados com justiça. Tais padrões se mostraram, no caso concreto, mais relevantes que padrões no sentido contrário, como o de que, na ausência de fraude, aquele que escolhe não ler um contrato antes de assiná-lo não pode depois se eximir de seus encargos.

Dworkin observa que os padrões citados pela corte nas duas decisões referidas não são o tipo de construção que se tem em mente quando se pensa nas regras jurídicas, sendo muito diferentes de proposições do tipo “A velocidade máxima permitida na rodovia é de 60 milhas por hora (97km/h)” ou “Um testamento será inválido a menos que assinado por três testemunhas”. A diferença entre os dois tipos de proposições reside no fato de que as proposições que determinam a velocidade máxima na rodovia e o número de testemunhas necessárias para produzir um estamento válido são regras jurídicas, enquanto os padrões citados pelas cortes nos casos citados são princípios jurídicos.

²⁵ *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

²⁶ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

Dworkin entende que a diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos consiste em uma distinção lógica,²⁷ pois ambos são padrões que apontam na direção de uma decisão acerca de uma obrigação jurídica em uma determinada circunstância. Diferem, contudo, no caráter dessa diretiva. Dworkin sustenta que as regras aplicáveis ao estilo de “tudo ou nada” (“*all-or-nothing*”). Isto é, quando os fatos que uma regra estipula estão presentes e se tratar de uma regra jurídica válida, a resposta fornecida pela regra deve ser aceita. No entanto, se a corte concluir que não se trata de uma regra válida, o que ela dispor em nada contribuirá para a resolução do caso. Há ainda a possibilidade de que a regra possua exceções, mas uma enunciação precisa da regra, ao menos em tese, deverá enumerar todas as exceções.

Já os princípios operam de maneira distinta. Mesmo um princípio que possa ser enunciado de forma bastante semelhante a uma regra não estabelecerá consequências jurídicas que se seguirão automaticamente presentes as condições. Dworkin toma como exemplo o princípio de que nenhum homem pode se beneficiar de seu próprio erro, o qual não se aplica em caso de usucapião (*adverse possession*),²⁸ afirmando que se alguém invadir a terra de outro por tempo o suficiente, ganhará o Direito de cruzá-la quando quiser.

A possibilidade de apontar contraexemplos nos quais os princípios não se aplicariam não significa que estes não façam parte do sistema jurídico, como ocorre com as regras jurídicas que não são válidas, as quais são excluídas do sistema. Tampouco seria necessário enumerar todos os contraexemplos de um princípio para se estar diante de uma enunciação adequada deste. Dworkin considera, inclusive, não ser possível, mesmo teoricamente, enumerar todas as exceções ou contraexemplos de um princípio, pois seria necessário incluir, além dos casos já abarcados por institutos jurídicos consagrados, como a usucapião, tantos outros casos imaginários em que se sabe que o princípio não subsistiria.

Princípios, ao contrário das regras, não estabelecem condições diante das quais sua aplicação se torna necessária, mas tão-somente apresentam uma razão²⁹ que argumenta na direção de uma decisão, sem torná-la obrigatória. Na análise de um caso, podem existir outros princípios ou políticas argumentando em outra direção e o fato de um princípio não prevalecer em um determinado caso não implica que este deixe de ser um princípio pertencente ao sistema jurídico. Fazendo parte do sistema, deverá ser levado novamente em consideração pelos oficiais nos casos futuros em que seja pertinente, podendo ser decisivo para a sua resolução. Em *Henningsen*, um dos princípios que a corte levou em consideração previa que

²⁷ Dworkin, *TRS*, p. 24-25.

²⁸ Dworkin, *TRS*, p. 25.

²⁹ Dworkin, *TRS*, p. 26.

os fabricantes de automóveis estão sob uma “obrigação especial”, o que significa que o padrão de exigência com relação a eles deve ser mais alto e que eles estão menos intitulados a apoiarem-se no princípio da liberdade contratual, o qual afastaria sua responsabilização em decorrência do acidente. Essa “obrigação especial” argumenta a favor, mas não obriga uma decisão negando a aplicação da renúncia de responsabilidade civil.

Além disso, Dworkin também destaca que os princípios possuem outra diferença com relação às regras, qual seja possuírem a dimensão do peso (*weight*) ou importância.³⁰ Ao decidir um conflito, o julgador deve levar em consideração o peso relativo de cada princípio, o que pode se tornar uma questão controvertida, já que esta não é uma métrica exata. As regras não possuiriam essa dimensão, podendo ser apenas funcionalmente mais importantes que outras, no sentido de exercerem um papel mais importante na regulamentação do comportamento. Dworkin argumenta que uma regra não é mais importante que outra dentro do sistema de regras, de forma que quando entrassem em conflito uma superasse a outra em função de seu peso maior.

Nesse sentido, Dworkin defende que, quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser uma regra jurídica válida. Cada sistema jurídico possuirá seus próprios critérios para resolver este tipo de conflito, sendo que o sistema americano, assim como o brasileiro, possuem regras com a função de resolver antinomias, estabelecendo que prevalecerá a regra criada mais recentemente, ou a promulgada pela autoridade de maior hierarquia, ou a mais específica, ou outro critério. Outra forma de resolver o conflito de regras seria preferir aquela que possui o suporte dos princípios mais importantes (de maior peso). Mas, diferente dos princípios, uma das regras deverá ser necessariamente abandonada ou reformulada, e para tanto se recorrerá a considerações além das próprias regras, uma vez que não se pode decidir qual regra prevalecerá com base no critério do peso.

Neste ponto, Dworkin passa a discorrer sobre a possibilidade de haver dúvida sobre se um padrão é uma regra ou um princípio,³¹ exemplificando com a proposição da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos que estabelece que o Congresso não limitará a liberdade de expressão. Tratar essa disposição como uma regra implicará que qualquer ato do Congresso que limitar essa liberdade será automaticamente inconstitucional, enquanto tratá-la como um princípio exigirá que se analise se no caso concreto existe outro princípio ou política que justifique a limitação.

³⁰ Dworkin, *TRS*, p. 26-27.

³¹ Dworkin, *TRS*, p. 27-28.

Em outros exemplos, a distinção entre regras e princípios parece ser apenas formal, pois ambos exercem praticamente a mesma função. Dworkin exemplifica com a disposição que prevê que todo contrato que restringe o comércio será nulo, a qual foi interpretada pela Suprema Corte americana como uma regra, mas com a inclusão da expressão “não razoável”. Assim, a proposição passou a funcionar logicamente como uma regra, mas substancialmente como um princípio. No entanto, apesar de a inclusão dessa expressão tornar a regra mais semelhante com um princípio, isso não tem o poder de transformá-la em um. Isso porque, fosse um princípio, seria possível, caso os princípios em sentido contrário tivessem maior peso, não anular um contrato mesmo que ele não fosse razoável.

Nos sistemas jurídicos regidos pela *common law*, uma das formas de criação do Direito é a decisão das cortes, cujos precedentes estabelecem novas regras que devem ser obrigatoriamente observadas nos casos futuros semelhantes. O caso *Riggs*, por exemplo, estabelece a regra de que aquele comete homicídio não pode receber no testamento de sua vítima. Mas esta regra não existia antes da decisão e esta citou princípios jurídicos como justificativa para a adoção e aplicação de uma regra nova.³² Diante disso, Dworkin expõe duas interpretações do papel dos princípios diante do conceito de obrigação jurídica e suas implicações nas decisões das cortes:

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios são vinculantes como parte do Direito (*as law*) e devem ser levados em consideração pelos juízes e advogados que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se escolhermos esse caminho, devemos dizer que, pelo menos nos Estados Unidos, o “Direito” inclui princípios assim como regras.

(b) Poderíamos, por outro lado, negar que princípios possam ser vinculantes da maneira que são algumas regras. Diríamos, ao invés, que em casos como *Riggs* ou *Henningsen* o juiz procura além das regras (*reaches beyond the rules*) a que ele está vinculado a aplicar (procura, isto é, além do “Direito”) por princípios extrajurídicos os quais ele está livre para seguir se assim desejar.³³

Observa-se que essas duas linhas de interpretação diferem no sentido de a primeira incluir os princípios jurídicos como parte do Direito, possuindo por essa razão aplicação

³² Dworkin, *TRS*, p. 28-29.

³³ Dworkin, *TRS*, p. 29. No texto original: “(a) We might treat legal principles the way we treat legal rules and say that some principles are binding as law and must be taken into account by judges and lawyers who make decisions of legal obligation. If we took this tack, we should say that in the United States, at least, the ‘law’ includes principles as well as rules.

(b) We might, on the other hand, deny that principles can be binding the way some rules are. We should say, instead, that in cases like *Riggs* or *Henningsen* the judge reaches beyond the rules that he is bound to apply (reaches, that is, beyond the law) for extra-legal principles he is free to follow if he wishes.”

obrigatória, enquanto a segunda relega os princípios a uma outra ordem, não pertencente ao Direito. Dworkin sustenta que essa não é apenas uma questão verbal de como alguém prefere utilizar a palavra “direito”, mas possui consequências para a análise da obrigação jurídica, pois cada linha de interpretação defende um conceito de princípio diferente. Para esclarecer a questão, Dworkin faz um paralelo com a ideia de “tomar algo como uma regra” (*make it a rule*),³⁴ que significa que alguém escolheu seguir uma prática, sem que por isso ela se torne vinculante. Citando Hart, aponta que há uma diferença entre dizer que os britânicos tomam como regra ver um filme uma vez por semana e dizer que os britânicos possuem uma regra de que devem assistir a um filme uma vez por semana.

Trazendo esse exemplo para a esfera jurídica, seria o mesmo que dizer que em algumas jurisdições os juízes tomam como regra não executar testamentos a menos que eles possuam três testemunhas. Nesse caso, se um juiz executasse um testamento com menos testemunhas, não estaria fazendo nada de errado. Por outro lado, se for dito que uma jurisdição possui uma regra jurídica requerendo que o juiz não execute esse tipo de testamento, se ele o fizer estará fazendo algo errado. Dessa forma, adotando-se a acepção de que os juízes apenas tomam algo como regra, não se pode afirmar, antes da decisão, que alguém está intitulado a algum resultado.

A partir desse paralelo com as regras, tem-se que a abordagem expressa em “a” considera que os princípios são capazes de vincular os juízes, os quais estarão cometendo um erro se não os levarem em consideração na hora de decidir. Já a abordagem expressa em “b” considera os princípios como meros resumos daquilo que os juízes costumam “tomar como um princípio” fazer. A abordagem escolhida possui implicações diretas em se os juízes, em casos difíceis como *Riggs* e *Henningsen* estão tentando aplicar direitos e obrigações jurídicas preexistentes. Optando pela segunda linha, se estará admitindo que nos casos tomados como exemplo tanto o assassino quanto o fabricante do automóvel foram privados de sua propriedade com base em um ato de discricionariedade judicial aplicado *ex post facto*.

Dworkin entende que a escolha possibilitada pela textura aberta de Hart consiste em um ato de discricionariedade do julgador, que vai além das amarras do texto legal para decidir conforme entender mais adequado. No intuito de combater tal discricionariedade, o jusfilósofo americano procura determinar a definição desse vocábulo, entendendo existirem, na linguagem usual, três acepções principais para o termo discricionariedade. De forma a determinar em qual destes significados o termo é utilizado pelos autores positivistas,

³⁴ Dworkin, *TRS*, p. 29-30.

especialmente no que tange a Hart, Dworkin³⁵ classifica o poder discricionário como possuindo dois sentidos fracos e um sentido forte.

Para Dworkin, qualquer que seja o conceito atribuído ao poder discricionário, este se dará no contexto de alguém sendo “encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”.³⁶ Sob este aspecto, o termo aproxima-se do sentido mais usual na esfera jurídica, qual seja o poder discricionário de uma autoridade administrativa para tomar uma decisão dentro dos limites estabelecidos em lei. Ressalta-se, contudo, que, quando se fala em discricionariedade no poder judiciário, não é este o sentido atribuído ao termo.

A acepção utilizada na esfera administrativa assemelha-se ao primeiro dos dois conceitos de discricionariedade em sentido fraco. Neste caso, chama-se poder discricionário em função da necessidade de que a autoridade pública use sua capacidade de julgar enquanto aplica os padrões preestabelecidos. Dworkin exemplifica através da hipotética ordem emanada de um tenente a um sargento para que escolhesse os seus cinco homens mais experientes para levar em uma patrulha. Nesse caso, a decisão se tornou difícil de cumprir, exigindo a capacidade de julgar do sargento, uma vez que, na perspectiva deste, fora difícil determinar quais seriam exatamente os homens mais experientes.

O segundo sentido fraco do poder discricionário consiste na autoridade que um determinado indivíduo tem de tomar uma decisão em última instância, não podendo esta ser cancelada ou revista. No caso de um funcionário público, isso seria dizer que nenhum outro funcionário poderia rever sua decisão, em função da hierarquia instituída. O exemplo trazido por Dworkin é relacionado ao beisebol. Nesse caso, segundo o autor, o árbitro do jogo não tem autoridade para revogar a decisão do árbitro da segunda base, cabendo exclusivamente a este último determinar se foi a bola ou o jogador a chegar à base em primeiro lugar. Mesmo discordando da decisão, não tem o árbitro o poder de revogá-la, sendo do árbitro da segunda base o poder discricionário de decidir sobre o assunto.

O terceiro sentido elencado para o poder discricionário, chamado de sentido forte, é aquele utilizado pelo Positivismo Jurídico na percepção de Dworkin. Nessa acepção, mais do que ter o poder de decidir conforme padrões estabelecidos pela autoridade, o agente não está adstrito a tais padrões.³⁷ No exemplo da patrulha, isso ocorreria se o tenente não tivesse determinado que o sargento devesse escolher os homens mais experientes, ordenando apenas

³⁵ Dworkin, *TRS*, p. 31-32.

³⁶ Dworkin, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 50.

³⁷ Dworkin, *TRS*, p. 32.

que escolhesse cinco homens quaisquer, deixando a cargo do sargento determinar o padrão de escolha. Outro exemplo citado por Dworkin diz respeito a uma exposição de cães cujas regras não determinam a ordem de avaliação das raças, hipótese em que o juiz dessa exposição ficaria livre para decidir avaliar os *boxers* em primeiro lugar, avaliando os *airedales* na sequência.

Sob a ótica de Dworkin, a problemática da discricionariedade judicial reside no entendimento de que é legítima a decisão tomada unicamente com base na consciência do juiz, quando diante de casos difíceis. Dworkin assevera que ter o poder discricionário em sentido forte para decidir não significa que esta decisão não esteja sujeita a críticas, salientando:

A discricionariedade de um oficial não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade (*fairness*), mas apenas que a sua decisão não será controlada por um padrão construído pelo tipo de autoridade que se tem em mente quando se levanta a questão da discricionariedade.³⁸

Não estando vinculado a padrões, o juiz, na ausência de regras reguladoras do caso, poderia decidir da maneira que entendesse mais justa, com base nos padrões que ele escolhesse. Neste caso, não se fala dos padrões a que o juiz está vinculado, mas dos padrões que este juiz ou tribunal normalmente aplicam. Segundo Dworkin,³⁹ Hart pensa que quando os juízes possuem discricionariedade, os princípios que eles usam devem ser tratados como aquilo que as cortes “tomam por princípio” (*make it a principle*) fazer. Na mesma linha, seria o mesmo dizer tanto que quando não há regras que o juiz possa utilizar ele possui discricionariedade, no sentido de que ele não está vinculado por padrões da autoridade do Direito, quanto dizer que os padrões jurídicos que os juízes citam afora as regras não lhes impõem obrigações (não são vinculativos).

Apesar de existirem várias acepções do termo discricionariedade, Dworkin defende que os juízes não possam exercer a discricionariedade em sentido forte, que consiste na ideia de que eles devem olhar além do Direito e aplicar padrões extrajurídicos para resolver os casos com os quais se deparam. Sob esta lógica, quando alguém reconhece a existência de princípios, fica necessariamente claro que os juízes são vinculados por padrões jurídicos, mesmo diante de casos difíceis.

³⁸ Dworkin, *TRS*, p. 33. No texto original: “An official’s discretion means not that he is free to decide without recourse to standards of sense and fairness, but only that his decision is not controlled by a standard furnished by the particular authority we have in mind when we raise the question of discretion.”

³⁹ Dworkin, *TRS*, p. 34.

Como a juridicidade dos princípios depende apenas de seu conteúdo, a difusão (*pervasiveness*) dos princípios jurídicos⁴⁰ demonstra que a tese da discricionariedade é falsa, bem como desacredita a tese do *pedigree*. Alguns princípios têm seu reconhecimento condicionado pela percepção moral, como no caso *Henningsen*, no qual se considera justo alocar obrigações especiais sobre oligopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas. Se a percepção moral mudar, este princípio passará a exercer um papel menor em novos casos, mesmo que não tenha sido expressamente repellido. Mesmo não considerando que o *pedigree* seja irrelevante, e reconhecendo que a referência a outros casos em que um princípio já tenha sido aplicado é muitas vezes essencial para a sua admissibilidade em um julgamento, Dworkin nega que seja possível construir uma regra mestra positivista para testar os princípios baseando-se em seu suporte institucional.

O impacto jurídico do suporte institucional dos princípios em sua validade e peso é ele mesmo determinado por princípios relacionados às instituições e sua autoridade. Os princípios institucionais são, por sua vez, sustentados por princípios de moralidade política bem amplos. Como o número de princípios a serem codificados seria infinito, bem como o peso desses princípios flutuaria com o decorrer do tempo, qualquer regra mestra falharia em ser estável.

Diante disso, Shapiro esclarece que Dworkin rejeita a tese do *pedigree* – e, conseqüentemente, a teoria positivista – por duas razões. A primeira é que os princípios algumas vezes vinculam os juízes simplesmente por suas propriedades morais intrínsecas, não por seu *pedigree* (fontes). A segunda razão é que, mesmo que a validade dos princípios fosse uma questão de *pedigree*, não seria possível formular uma regra estável para escolher princípios baseando-se no grau de seu suporte institucional.

1.3 Reformulando a crítica: da impossibilidade dos desacordos teóricos

No artigo “The Model of Rules II”⁴¹ e na obra *Law’s Empire*, Dworkin inaugura uma segunda frente de batalha contra o Positivismo Jurídico por meio da análise da possibilidade de desacordos teóricos em Direito. Busca mostrar que os positivistas não são capazes de explicar os desacordos a respeito do método apropriado de interpretação do Direito. Para

⁴⁰ Ver, a este respeito, Shapiro, *HDD*, p. 12-14.

⁴¹ Dworkin, *TRS*, p. 46-80.

Dworkin, esses desacordos são morais, sendo que o Direito não se funda apenas em fatos sociais, mas também em considerações de moralidade política e de legitimidade institucional.⁴²

Nessa seção, realiza-se a exposição dessa segunda linha argumentativa em face do Positivismo, abordando-se as duas facetas do argumento da impossibilidade de desacordos teóricos genuínos no âmbito do Positivismo Jurídico, quais sejam a afirmação de que o Positivismo vê o Direito como uma simples questão de fato e o de que ele está preso ao agulhão semântico.

1.3.1 O Direito como simples questão de fato

A partir de *Law's Empire*, Dworkin passa a defender que a prática jurídica é argumentativa.⁴³ Isto é, consiste, de maneira geral, em participantes apresentando diversas reivindicações sobre o que o Direito exige e as defendendo por meio da apresentação de razões. Busca compreender o que são os desacordos teóricos em Direito para então construir e defender uma teoria sobre os fundamentos do Direito. Opta por adotar o ponto de vista interno, do participante da prática jurídica, uma vez que o ponto de vista externo, aquele do sociólogo ou historiador não é suficiente para compreender-se o caráter argumentativo dessa prática. Dito isto, Dworkin considera ainda que a Filosofia do Direito contemporânea falha em estudar os diferentes modos de argumentação usados pelos participantes da prática jurídica quando engajados na argumentação jurídica, uma vez que considera que esses desacordos ou não existem ou são desprovidos de sentido.

Um processo judicial pode levantar três tipos de questões.⁴⁴ O primeiro tipo são as questões de fato, que dizem respeito aos eventos históricos que realmente ocorreram no caso. Quando os juízes discordam acerca desses fatos, é fácil saber qual evidência, se disponível, resolveria a questão. Outro tipo diz respeito a questões de moralidade e fidelidade ao Direito. Isto é, se o Direito aplicável ao caso oferece uma solução justa ou injusta e, caso seja injusta, se o juiz deve ignorar o Direito naquele caso. Divergências desse tipo costumam surgir nas cortes, mas, sob a ótica de Dworkin, não levantam maiores problemas.

⁴² Shapiro, *HDD*, p. 26-27.

⁴³ Dworkin, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986, p. 11-14. Citado, a seguir, como "LE".

⁴⁴ Dworkin, *LE*, p. 3-4.

Dworkin está interessado em discutir sobre um terceiro tipo de divergência, a qual ocorre quando os advogados e juízes discordam sobre qual Direito governa um determinado caso, discordando inclusive sobre quais são os testes de verificação que devem ser usados para solucionar a dúvida. Indaga sobre se esse é realmente um terceiro tipo de discussão, diferente das questões envolvendo fatos históricos e das discussões sobre moralidade e, se sim, que tipo de discussão é essa.

Para solucionar essa pergunta, Dworkin entende necessário distinguir “proposições sobre o Direito” (*propositions of law*), de proposições sobre os “fundamentos do Direito” (*grounds of law*). As proposições sobre o Direito consistem em afirmações que as pessoas fazem sobre o que o Direito lhes permite, lhes proíbe ou lhes intitula a ter. São proposições acerca do conteúdo do Direito de um sistema jurídico em particular, podendo ser verdadeiras ou falsas. Já os fundamentos do Direito dizem respeito ao que torna proposições sobre o Direito verdadeiras. Isto é, a proposição de que ninguém tem a permissão de dirigir acima de 55 milhas por hora na Califórnia é verdadeira porque a maioria dos legisladores daquele estado votou favoravelmente a uma proposta contendo um texto nesse sentido e não o seria se isto não tivesse acontecido.

Diante disso, dois tipos de desacordo jurídicos são possíveis.⁴⁵ O desacordo será empírico quando, concordando sobre os fundamentos do Direito – sobre quando a verdade ou falsidade de outra proposição mais conhecida gera a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica específica – discorda-se sobre se esses fundamentos são de fato satisfeitos no caso concreto. O que está em discussão é se os fundamentos do Direito estão presentes, como ocorre na discussão sobre se uma determinada lei foi aprovada da maneira correta. Esse tipo de desacordo é bastante simples, pois pessoas podem discordar sobre as palavras contidas nas leis da mesma maneira que discordam sobre qualquer outra questão de fato.

O segundo tipo de desacordo consiste nos desacordos teóricos sobre o Direito e ocorre quando, havendo um acordo empírico sobre o que dizem o texto da lei e as decisões judiciais anteriores, o desacordo for sobre o que o Direito realmente exige, por discordarem sobre se as leis e as decisões anteriores exaurem os fundamentos do Direito que devem ser observados. Trata-se de reivindicações sobre quais são os fundamentos do Direito, isto é, o que deve ocorrer em um sistema jurídico antes que se possa dizer que uma proposição sobre o Direito possa ser considerada verdadeira ou falsa. Uma discussão sobre se o poder legislativo

⁴⁵ Dworkin, *LE*. p. 4-6.

de um Estado possui a autoridade de legislar sobre uma determinada matéria é uma disputa sobre os fundamentos do Direito.

Na visão de Dworkin, o público em geral não tem consciência dos problemas levantados pelos desacordos teóricos. Para eles, ou o juiz é fiel ao Direito e apenas o descobre no caso concreto, ou não o é, e inventa o Direito por meio de um ato de tirania. Já os juízes em geral, após determinarem o que o Direito realmente é, dificilmente se perguntam se devem ser fiéis a ele. Quando decidem um caso importante, declarando uma regra ou princípio que ainda não haviam sido oficialmente declarados, consideram tratar-se de uma declaração melhorada do que o Direito, corretamente compreendido, já o é. A nova proposição é, pois, necessária para uma percepção correta dos verdadeiros fundamentos do Direito.

Dworkin⁴⁶ sustenta que não existe uma teoria plausível sobre os desacordos teóricos em Direito no âmbito da teoria jurídica (*jurisprudence*), pois ela é comprometida com a visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view of law*) segundo a qual os desacordos teóricos são apenas uma ilusão. Essa forma de ver o Direito possui dois pressupostos básicos. O primeiro é que os fundamentos do Direito são fixados pelo consenso entre os oficiais do sistema jurídico, enquanto o segundo sustenta que o único tipo de fatos que podem ser fundamento do Direito são fatos puramente históricos (*plain historical facts*):

Anteriormente neste capítulo eu descrevi o que chamei de visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view of law*). Essa visão sustenta que o único desacordo plausível sobre o Direito é um desacordo empírico sobre o que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado, que o que eu chamei de desacordo teórico é ilusório e melhor compreendido como um argumento não sobre o que o Direito é, mas sobre o que ele deveria ser.⁴⁷

Assim, o Direito é apenas uma questão do que as instituições jurídicas decidiram no passado. Isto é, questões sobre o Direito poderiam ser sempre resolvidas olhando nos livros que guardam os registros institucionais das decisões. Os desacordos teóricos seriam incompatíveis com o Direito visto como simples questão de fato, pois o desacordo contrariaria o primeiro pressuposto, de que os participantes do sistema precisam concordar com os fundamentos do Direito. A única forma possível de desacordo seriam os desacordos

⁴⁶ Dworkin, *LE*, p. 6-7.

⁴⁷ Dworkin, *LE*, p. 31. No texto original: “Earlier in this chapter I described what I called the plain- fact view of law. This holds that law depends only on matters of plain historical fact, that the only sensible disagreement about law is empirical disagreement about what legal institutions have actually decided in the past, that what I called theoretical disagreement is illusory and better understood as argument not about what law is but about what it should be.”

empíricos, que se preocupam com fatos puramente históricos. Um representante da *plain fact view* afirmaria o seguinte:

“O Direito existe como um simples fato, em outras palavras, e o que o Direito é de forma alguma depende do que ele deveria ser. Por que então os advogados e juízes parecem algumas vezes estarem tendo desacordos teóricos sobre o Direito? Porque quando eles parecem estar discordando de maneira teórica sobre o que o Direito é, eles estão na verdade discordando sobre o que ele deveria ser. O desacordo deles é, na realidade, sobre questões de moralidade e fidelidade, não Direito.”⁴⁸

Segundo Dworkin,⁴⁹ a popularidade dessa visão entre os acadêmicos ajuda a explicar porque os leigos se preocupam mais em discutir a fidelidade ao Direito do que propriamente o que o Direito é. Uma vez que o que o Direito consiste apenas em uma questão empírica sobre o que dizem os livros e, sendo os operadores do Direito treinados no vocabulário jurídico, determinar o que é o Direito é uma questão de fato facilmente resolvível. Se os juízes estão divididos em um caso importante, então um dos lados está desobedecendo ao Direito, e este deve ser o lado defendendo a decisão que parecer mais inovadora. Um leigo conservador defenderá que o juiz deve sempre seguir o Direito, mesmo em casos que a decisão parecer injusta. Um progressista, por outro lado, defenderá que os juízes melhorem o Direito sempre que possível, condenando o juiz mecânico.

A versão acadêmica da tese do Direito como simples questão de fato é mais sofisticada, por admitir que nem sempre os livros que contém as leis e as decisões passadas fornecerão a resposta, dado que não existe nenhuma decisão institucional anterior em qualquer sentido, restando o Direito silente com relação à questão. Nesse caso, o juiz não teria outra opção senão exercer sua discricionariedade para criar um Direito novo ao preencher suas lacunas ou torná-lo mais preciso onde for vago. Isso levanta uma nova questão, a da reparação do Direito, questionando o que devem fazer os juízes na sua ausência. A resposta a essa pergunta é política, podendo os juízes decidirem fazer isso de forma cautelosa, preservando o espírito do Direito existente, de forma democrática, buscando decidir conforme a vontade popular, ou ainda de forma aventureira, tentando ocasionar que o Direito resultante seja o mais justo possível.

⁴⁸ Dworkin, *LE*, p. 7. No texto original: “Law exists as a plain fact, in other words, and what the law is in no way depends on what it should be. Why then do lawyers and judges sometimes appear to be having a theoretical disagreement about the law? Because when they appear to be disagreeing in the theoretical way about what the law is, they are really disagreeing about what it should be. Their disagreement is really over issues of morality and fidelity, not law.”

⁴⁹ Dworkin, *LE*, p. 7-11.

Dworkin acredita que os teóricos realistas, como Jerome Frank,⁵⁰ extraíam da *plain fact view* a conclusão de que as decisões anteriores são sempre demasiadamente vagas e que nunca há realmente um Direito anterior aplicável, existindo apenas uma retórica que os juízes usam para disfarçar decisões que na verdade são ditadas por sua preferência ideológica ou de classe. Sob esta visão, os desacordos teóricos são apenas discussões políticas disfarçadas. Dworkin destaca, no entanto, que essa forma de ver o Direito é restrita ao público leigo e aos filósofos do Direito, enquanto os advogados e juízes, ao argumentar, realmente consideram que seu posicionamento é o correto.

Em *Law's Empire*, Dworkin cita novamente o caso *Riggs v. Palmer*, o qual apelida de “o caso Elmer”.⁵¹ Destaca que as regras sobre testamento de Nova Iorque então vigentes não expressavam nada a respeito de um herdeiro que viesse a assassinar o testador, bem como que os juízes do caso concordavam que a decisão deveria ser tomada conforme o Direito, apesar de discordarem sobre o resultado correto para o julgamento. Aponta ainda que há duas maneiras de se referir a uma lei, a primeira com relação ao documento físico com palavras escritas e a segunda para descrever o Direito criado a partir da aprovação deste documento, sendo que a discordância quanto ao significado da norma deriva da segunda acepção.

Para interpretar uma lei, mesmo quando esta não for ambígua ou vaga, é necessário que os juízes adotem uma teoria da legislação. No caso Elmer, o juiz Grey adotou uma teoria da interpretação literal, votando para que Elmer recebesse a herança. Já o juiz Earl adotou uma teoria mais próxima à intenção do legislador, apesar de ser muito provável que os legisladores de Nova Iorque não tivessem imaginado a possibilidade do assassinio do testador por parte do herdeiro quando aprovaram a lei. Defendeu ainda que as leis devessem ser construídas a partir do texto contra o pano de fundo dos princípios gerais do Direito. No caso Elmer, como o Direito respeita o princípio de que ninguém deve se beneficiar de seu próprio erro, a lei sobre testamentos deveria ser lida de forma a negar a herança a quem matou o testador com o objetivo de recebê-la. Dworkin conclui que a disputa no caso em análise não foi sobre se os juízes deveriam seguir o Direito ou repará-lo, mas sobre o que o Direito era, sobre o que a lei realmente prescrevia.

Dworkin cita o caso *Tennessee Valley Authority v. Hill* (1978)⁵² para mostrar que os desacordos teóricos ainda são corriqueiros em casos mais recentes. Neste *case*, é requerida a suspensão da construção de uma barragem (já em fase final) orçada em 100 milhões de

⁵⁰ Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 (1930).

⁵¹ Dworkin, *LE*, p. 15-20.

⁵² *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978). Cf. Dworkin, *LE*, p. 20-23.

dólares para a proteção de uma espécie ameaçada de extinção (o *snail darter*), com base na Lei de Espécies Ameaçadas de 1973. Os votos dos ministros da Suprema Corte Americana se distribuíram em duas correntes. A vencedora, liderada por Chief Justice Burger, sustentou que o texto legal prevê expressamente o encerramento de projetos que coloquem em risco espécies consideradas ameaçadas. A dissidência, liderada por Justice Powell, argumentou que a corte não poderia aplicar o texto legal de forma a construir resultados absurdos, a menos que restasse demonstrado que esse foi o resultado pretendido pela legislatura.

O caso *TVA v. Hill* é, para Dworkin, um caso de desacordo teórico em função de que as duas linhas argumentativas apresentadas concordam que a Lei de Espécies Ameaçadas é válida, que suspender o projeto seria um grande desperdício de recursos, mesmo considerando-se os benefícios ao *snail darter*, bem como que o congresso não considerou esse tipo de caso quando elaborou a lei. O desacordo se funda na relevância jurídica desses fatos (*plain facts*). Enquanto o lado de Burger sustentou que o significado literal do texto deve ser observado mesmo quando ocasiona resultados absurdos, a menos que existam evidências suficientes de que o congresso não pretendia esse resultado, o lado de Powell argumentou que o significado literal não deve ser observado quando resulta em absurdos, a menos que existam evidências suficientes de que o congresso quis assim.⁵³

Segundo Dworkin⁵⁴, os que subscrevem à visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view*) reivindicam que, apesar de parecer que os juristas estão em desacordo sobre o que o Direito é, estão na verdade discordando sobre o que ele deveria ser. Ou seja, estão preocupados com a reforma do Direito. O motivo para parecer que se trata de um desacordo teórico seria porque os juízes estariam tentando esconder a verdadeira natureza legislativa de suas ações, pois seria perigoso que admitissem estarem exercendo a discricionariedade para reparar o Direito, dado o instituto da separação dos poderes. Assim, preferem fingir que estão descobrindo o Direito já existente do que admitir que o Direito seja por vezes indeterminado e necessite ter suas lacunas preenchidas.

Dworkin considera essa argumentação implausível primeiro porque, se todos os operadores do Direito reconhecessem que não há Direito preestabelecido nesses casos, não haveria razão para essa visão ainda não ter se tornado parte da cultura política popular. Segundo porque, se os juízes estivessem reformando o Direito seria difícil explicar porque muitas vezes tomam as decisões socialmente menos benéficas. Dworkin defende que os casos em que há desacordos teóricos não só existem como são abundantes. Como a visão do Direito

⁵³ Shapiro, *HDD*, p. 32.

⁵⁴ Dworkin, *LE*, p. 37.

como simples questão de fato não abarca essa possibilidade, conclui que ela não captura a estrutura argumentativa da prática jurídica e deve, por essa razão, ser rejeitada.⁵⁵

Para explicar a possibilidade de desacordos teóricos genuínos em Direito, Dworkin sustenta que a interpretação jurídica é, em última análise, construtiva (*constructive interpretation*).⁵⁶ Isto é, não se busca, fundamentalmente, a intenção do autor, mas a do intérprete. Trata-se de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Esse propósito será aquele que melhor se encaixar (*fits*) e justificar (*justifies*) o objeto. Disso não se segue que o intérprete possa fazer da prática o que bem entender, pois a história ou forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis. Interpretação criativa, sob o ponto de vista construtivo, é uma questão de interação entre propósito e objeto.

De acordo com essa visão, quando um participante interpreta uma prática social propõe a ela um valor ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios que se entenda que a prática atenda, expresse ou exemplifique. Indeterminação acerca dos dados comportamentais brutos da prática social vai dar vazão a atribuições de valor diferentes e antagônicas. Assim, a escolha de cada intérprete deve refletir sua visão sobre qual interpretação atribui o máximo de valor à prática – qual delas, tudo considerado, a mostra sob sua melhor luz. Essa forma de interpretação serve para o intérprete determinar quais fatos são fundamentos do Direito. Apresentar uma prática sob sua melhor luz significa impor a ela uma interpretação que melhor se encaixar à prática e, então, justificá-la moralmente. A medida que o conteúdo do Direito for dependente de quais princípios representam a prática jurídica na sua melhor luz moral, desacordos morais genuínos irão induzir desacordos jurídicos genuínos.

1.3.2 O agulhão semântico

Nesta seção, dá-se enfoque à segunda faceta do argumento dos desacordos teóricos, a qual Dworkin denomina argumento do agulhão semântico (*semantic sting*). Este argumento, aliado ao argumento da *plain fact view*, constitui a segunda frente de ataque de Dworkin ao Positivismo Jurídico, o qual não teria capacidade de explicar a possibilidade de genuínos desacordos teóricos em Direito. A partir da ideia de desacordo, Dworkin passa a tratar o

⁵⁵ Shapiro, *HDD*, p. 33-34.

⁵⁶ Dworkin, *LE*, p. 52-53.

Positivismo Jurídico como uma “teoria semântica que sustenta o ponto de vista do Direito como simples questão de fato e a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o Direito deve ser empírico, não teórico”.⁵⁷

Dworkin⁵⁸ argumenta que os exemplos de casos difíceis que aborda em *Law's Empire* são suficientes para comprovar a falsidade da alegação de que os únicos desacordos possíveis em Direito sejam empíricos. Afirma ainda que os filósofos que adotam a *plain fact view* contra argumentam que os desacordos teóricos sobre os fundamentos do Direito são na verdade um fingimento, uma vez que o próprio significado da palavra “Direito” ocasiona que ele dependa de determinados critérios específicos, e que qualquer operador do Direito que rejeitasse ou desafiasse esses critérios estaria pronunciando proposições autocontraditórias e sem sentido. Isso porque, ao usar qualquer palavra, seriam seguidas regras compartilhadas que estabeleceriam os critérios que fornecem o significado do vocábulo. Além disso, argumentam que as regras da comunidade linguística para o uso do termo “Direito” o amarram a fatos puramente históricos (*plain historical facts*).

Dworkin opta por referir os filósofos que produzem teorias com o objetivo de identificar os critérios linguísticos usados pelos advogados para avaliar as proposições sobre o Direito como integrando as teorias semânticas do Direito. Segundo esses filósofos, os operadores do Direito usam os mesmos critérios fáticos para enquadrar, aceitar e rejeitar proposições sobre o que o Direito é, apesar de ignorarem quais são esses critérios, cuja elucidação é papel dos filósofos do Direito. Tais teorias podem discordar sobre quais são os critérios para avaliar se uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, mas supõe que eles sejam igualmente compartilhados por todos. Diante disso, Dworkin conclui que essas teorias defendem que os advogados necessariamente concordam acerca de quais são os fundamentos do Direito (*grounds of law*).

Retomando a análise das teses de Austin e Hart, Dworkin afirma que ambas sustentam que o desacordo genuíno deve ser um desacordo empírico sobre a história das instituições jurídicas. No caso de Austin, uma proposição seria verdadeira se reproduzisse corretamente um comando passado de uma pessoa ou grupo que ocupe a posição de soberano naquela sociedade. Já Hart teria rejeitado essa análise da autoridade jurídica como um fato bruto de hábito de comando e obediência, sustentando que os verdadeiros fundamentos do Direito residem na aceitação pela comunidade como um todo de uma regra mestra

⁵⁷ Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 45-6 (37).

⁵⁸ Dworkin, *LE*, p. 31-33.

fundamental (a regra de reconhecimento), a qual atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criação do Direito. Assim, uma proposição sobre a velocidade máxima permitida na Califórnia seria verdadeira, para Hart, porque as pessoas que moram na Califórnia aceitaram, e continuam aceitando, o esquema de autoridade implantado pelas constituições estadual e nacional.⁵⁹

Nos casos difíceis, como os utilizados como exemplo ao longo desse capítulo, e caso o Positivismo como entendido por Dworkin esteja correto, o desacordo teórico é apenas aparente. Aplicando adequadamente os critérios semânticos para o correto uso da palavra “Direito”, os operadores do Direito concordariam que não há Direito a ser descoberto nos casos difíceis. O desacordo, como referido, seria apenas uma forma disfarçada de discutir o que o Direito deveria ser.⁶⁰

Outra maneira de enxergar o problema seria afirmar que os próprios advogados e juízes não compreenderam adequadamente o que fazem nos casos difíceis. Esse argumento evoca a diferença entre casos centrais do uso da palavra “Direito” e casos periféricos (*borderline*) ou na zona de penumbra (*penunbral*).⁶¹ Nos casos centrais todos os operadores do Direito estão de acordo, como no exemplo sobre a velocidade máxima permitida no Estado da Califórnia. Mas há casos periféricos em que as pessoas usam o termo Direito de maneiras diferentes. Isso ocorreria quando alguns, mas não todos, os fundamentos especificados pela regra principal estão satisfeitos. Um exemplo trivial seria a divergência sobre se o Palácio de Buckingham pode ser incluído no conceito de “casa”. Explicado dessa forma, o desacordo em casos difíceis como *Riggs* e *TVA* nada mais seria do que uma divergência meramente verbal entre os juízes sobre o conceito da palavra “Direito” em casos periféricos. O Positivismo, por sua vez, optaria por entender esses casos como casos em que se discute a reforma do Direito.

Dworkin rejeita essa tentativa de dar conta da possibilidade do desacordo, pois ela ignora a diferença entre os desacordos que ocorrem nos casos periféricos e os que ocorrem nos casos centrais, nos quais as pessoas discordam sobre os testes corretos para utilização de um conceito em qualquer ocasião. Para ilustrar a questão, Dworkin apresenta uma discussão sobre se a fotografia é um tipo de arte. Duas pessoas, discutindo esse tema, podem concordar que a fotografia é um caso periférico de arte, concluindo que a decisão de incluir ou não a fotografia na esfera da arte é uma decisão arbitrária. Já outra pessoa pode argumentar que a fotografia é um exemplo central de arte e que qualquer outra visão demonstraria uma

⁵⁹ Dworkin, *LE*, p. 33-34.

⁶⁰ Dworkin, *LE*, p. 37.

⁶¹ Dworkin, *LE*, p. 39-43.

profunda incompreensão da natureza essencial da arte. Nesse segundo caso, seria equivocado classificar a discussão como periférica. Trata-se de uma discussão sobre o que a arte, corretamente compreendida, realmente é. Da mesma forma, quando os juízes discordam nos casos difíceis:

Os vários juízes e advogados que discutiram nos nossos casos exemplificativos não pensavam que estivessem defendendo reivindicações marginais ou periféricas. Seus desacordos sobre legislação e precedente eram fundamentais; seus argumentos mostraram que eles discordavam não apenas sobre se Elmer deveria receber sua herança, mas sobre porque qualquer ato legislativo, mesmo códigos de trânsito e taxas de tributação, impõem os direitos e obrigações que todos concordam que eles impõem.⁶²

Isto é, nos casos difíceis, a discordância não é apenas sobre o que torna as proposições jurídicas verdadeiras na margem, mas também no centro. Esses casos estariam testando princípios fundamentais sobre o Direito, e não pedindo fosse traçada uma linha mais ou menos arbitrária. Diante disso, os advogados não podem estar usando o mesmo critério factual para decidir quando as proposições sobre o Direito são verdadeiras ou falsas, como defendem as teorias semânticas. Se estão usando regras diferentes para o uso da palavra “Direito”, então estarão querendo dizer coisas muito diferentes quando dizem o que o Direito é. No caso Elmer, o juiz Earl tem em mente que seus fundamentos do Direito não estão satisfeitos, enquanto o juiz Gray tem em mente seus próprios fundamentos. Assim, os dois juízes não estão realmente discordando sobre nada, pois estão apenas falando um através do outro (*talking past one another*). É como uma discussão sobre bancos em que uma pessoa tem em mente a instituição financeira e a outra o banco da praça, concordando ao final que existem muitos bancos nos Estados Unidos.⁶³

Para Dworkin, as vítimas do aguilhão semântico pensam que a discussão só é possível quando os interlocutores seguem os mesmos critérios para decidir quando o argumento é bem fundado. Para ilustrar a questão, apresenta o exemplo de uma discussão sobre o número de livros que há em uma estante.⁶⁴ As vítimas do aguilhão só conseguem debater se estiverem de acordo, ao menos em linhas gerais, sobre o que é um livro. A divergência é possível apenas nos casos limítrofes, podendo alguém chamar de livrinho o que

⁶² Dworkin, *LE*, p. 42-43. No texto original: “The various judges and lawyers who argued our sample cases did not think they were defending marginal or borderline claims. Their disagreements about legislation and precedent were fundamental; their arguments showed that they disagreed not only about whether Elmer should have his inheritance, but about why any legislative act, even traffic codes and rates of taxation, impose the rights and obligations everyone agrees they do.”

⁶³ Dworkin, *LE*, p. 43-44.

⁶⁴ Dworkin, *LE*, p. 45-46.

para outro é um panfleto, mas não pode ocorrer nos casos centrais (*pivotal cases*). Se para alguém o exemplar de *Moby Dick* não é um livro, por considerar que romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda.

Dworkin alega que, se o exemplo acima esgota todas as circunstâncias em que um desacordo verdadeiro é possível, este deve aplicar-se aos conceitos jurídicos, inclusive ao conceito de Direito. Isto levanta o seguinte dilema:

Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o Direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o Direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som.⁶⁵

A segunda parte do dilema parece absurda a Dworkin, razão pela qual os filósofos do Direito adotam a primeira e tentam identificar as regras fundamentais ocultas (*hidden ground rules*) que *devem* (*must*) estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do Direito.

Dworkin, no entanto, sustenta que essa imagem do que torna o desacordo possível não se ajusta corretamente aos tipos de desacordos que os advogados realmente têm. Ela é consistente com o desacordo de advogados e juízes sobre fatos históricos ou sociais, sobre quais palavras se encontram em um dado texto legal ou sobre os fatos envolvidos em um determinado precedente. Mas, para o autor, a maior parte do desacordo em Direito é teórico, não empírico. Filósofos do Direito que pensam que o desacordo só é possível quando são estabelecidos critérios comuns tentam refutar a divergência teórica dizendo que os advogados e juízes estão apenas fingindo ou que divergem apenas porque o caso diante deles cai em uma zona de penumbra ou área limítrofe das regras comuns. Estes afirmam que, em ambos os casos, é melhor ignorar o que dizem os juízes e tratá-los como se divergissem sobre fidelidade (ao) ou reparação (do), e não sobre o Direito. Para Dworkin, aí se encontra o aguilhão: “estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”.⁶⁶

⁶⁵ Dworkin, *O império do Direito*, op. cit., p. 55-56. No texto original (*LE*, p. 45): “Either, in spite of first appearances, lawyers actually all do accept roughly the same criteria for deciding when a claim about the law is true or there can be no genuine agreement or disagreement about law at all, but only the idiocy of people thinking they disagree because they attach different meanings to the same sound.”

⁶⁶ Dworkin, *O império do Direito*, op. cit., p. 56 (*LE*, p. 46).

Em *Justice in Robes*,⁶⁷ Dworkin retoma o argumento do agulhão semântico, chamando atenção para algumas distinções. Em primeiro lugar, destaca que diferentes conceitos são usados ao se falar sobre o Direito, quais sejam: o conceito doutrinário, usado para afirmar o que o Direito de uma jurisdição requer, proíbe ou permite; o conceito sociológico, usado para descrever uma forma específica de organização política; o conceito taxonômico, usado para classificar uma regra ou princípio específico como um princípio jurídico antes que um princípio de outro tipo; e o conceito aspiracional, usado para descrever uma virtude política.

Em segundo lugar, destaca que os conceitos servem a diferentes tipos de funções. Alguns funcionam de forma criterial, como o conceito de “livro”, outros como conceitos de tipos naturais (*natural kind concepts*), como o conceito de tigre ou de água, e outros ainda como conceitos interpretativos, como os conceitos de justiça e democracia. Para o autor, o conceito sociológico de Direito é um conceito criterial impreciso. Como se pôde perceber pelo até então exposto, em *Law's Empire* Dworkin considera que os positivistas analíticos supõem que todos os conceitos, incluindo o conceito doutrinário de Direito, são conceitos criteriais, cuja análise apropriada deve consistir em elucidar os testes que os advogados compartilham para julgar se as proposições sobre o Direito são verdadeiras. Em *Justice in Robes*, por sua vez, Dworkin oferece uma conceituação mais ampla:

Eu deveria agora caracterizar o agulhão mais amplamente: ele reside na suposição de que todos os conceitos dependem de uma prática linguística convergente do tipo que descrevi na introdução: uma prática que marque a extensão do conceito tanto através de critérios compartilhados de aplicação quanto anexando o conceito a um tipo natural distinto. A infecção pelo agulhão semântico, devo agora dizer, é a suposição de que todos os conceitos sobre o Direito, inclusive o doutrinário, dependem de uma prática convergente de uma dessas duas maneiras. A patologia do agulhão semântico permanece a mesma. Advogados que estão picados suporão que uma análise do conceito de Direito deve ajustar-se (*fit*) – e apenas ajustar-se – ao que os advogados em sua maioria concordam ser o Direito.⁶⁸

Enquanto o argumento da *plain fact view* sustenta que os fundamentos do Direito derivam de fatos puramente históricos, o argumento do agulhão semântico é usado para explicar porque os positivistas requerem que os fundamentos do Direito sejam determinados

⁶⁷ Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 223-225. Citado, a seguir, como “JR”.

⁶⁸ Dworkin, JR, p. 225-226. No texto original: “I should now characterize the sting more broadly: it lies in the assumption that all concepts depend on a convergent linguistic practice of the kind I described in the Introduction: a practice that marks out the concept’s extension either through shared criteria of application or by attaching the concept to a distinct natural kind. The infection of the semantic sting, I shall now say, is the assumption that all concepts of law, including the doctrinal, depend on a convergent practice in one of those two ways. The pathology of the semantic sting remains the same. Lawyers who are stung will suppose that an analysis of the concept of law must fit – and only fit – what lawyers mainly agree is law.”

por meio de um consenso.⁶⁹ Como visto, Dworkin levanta a hipótese de que os positivistas subscrevem tacitamente a uma semântica criterial (*criterial semantics*), segundo a qual os conceitos só são partilhados se os critérios para sua correta aplicação forem partilhados. Uma semântica criterial do conceito de Direito exigiria a utilização dos mesmos critérios de aplicação do conceito para que fosse possível existir um diálogo significativo sobre o Direito. Uma vez que os critérios de aplicação do conceito de Direito de um país nada mais são do que os fundamentos do Direito daquele país, uma semântica criterial demandaria que a comunidade partilhasse os mesmos fundamentos do Direito para poder partilhar o mesmo conceito sobre o Direito. O defeito da semântica criterial residiria justamente no fato de que ela não é capaz de explicar os desacordos jurídicos teóricos.

1.4 Delimitando a questão fundamental do debate Hart-Dworkin

Neste ponto, considera-se adequada a realização de uma síntese das duas frentes de ataque de Dworkin ao Positivismo Jurídico, de forma a possibilitar a melhor compreensão da questão fundamental em debate. A primeira crítica, introduzida no artigo “The Model of Rules I”, defende que o Positivismo Jurídico não é capaz de resolver os casos difíceis sem recorrer à discricionariedade judicial. Já a segunda, explicitada nos primeiros capítulos de *Law’s Empire*, argumenta que o Positivismo Jurídico não é capaz de explicar a possibilidade de genuínos desacordos teóricos em Direito por estar comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato e com uma semântica criterial.

Shapiro⁷⁰ traça um paralelo entre os argumentos de Dworkin, afirmando que ambas as críticas caracterizam o Positivismo como comprometido com uma tese do *pedigree* e como incapaz de explicar o comportamento dos juízes nos casos difíceis. Além disso, as duas críticas sustentam que a explicação correta para o comportamento dos juízes envolve o entendimento de que eles olham para a moralidade para resolver as questões jurídicas com que se deparam.

Importante perceber que um critério de juridicidade (*criterion of legality*), na terminologia da primeira crítica, testa se certos fundamentos do Direito (*grounds of law*), na terminologia da segunda crítica, estão presentes em um caso particular. Assim, o critério

⁶⁹ Ver distinção realizada em Shapiro, *HDD*, p. 38 (nota de rodapé).

⁷⁰ Shapiro, *HDD*, p. 36-41.

“todas as regras aprovadas pelas duas casas do Congresso que regulam o comércio interestadual são Direito dos Estados Unidos da América” considera os fatos da aprovação bicameral e da regulação do comércio interestadual como fundamentos do Direito no sistema jurídico dos EUA. Dito isto, ao invés de falar em critérios de juridicidade, pode-se falar simplesmente em termos de tipos de fundamentos do Direito que esse critério estabelece.

Dessa forma, a primeira crítica pode ser compreendida como pretendendo mostrar que, nos casos difíceis, os juízes consideram que fatos moralmente relevantes são fundamentos do Direito; e que o Positivismo, uma vez comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato, veda fundamentos morais do Direito, não sendo capaz de explicar o comportamento dos juízes nos casos difíceis. Já a segunda crítica constrói sobre o fato de que os juízes em geral discordam entre si sobre quais são os fundamentos do Direito, alegando que os positivistas não são capazes de explicar esse desacordo, pois consideram que os fundamentos do Direito são explicados por meio de um acordo.

Interessante observar que os casos *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, apresentado em *Taking Rights Seriously* e o caso *TVA v. Hill*, introduzido em *Law's Empire*, são casos difíceis por motivos diferentes. O caso *Henningsen* seria difícil porque, apesar da corte concordar sobre quais são os fundamentos do Direito, discorda sobre se esses fundamentos estão presentes no caso particular. Já o caso *TVA* o é porque, para determinar a corretada solução do caso, a corte precisa primeiro resolver quais são os fundamentos do Direito.

Shapiro considera que o caso *Henningsen* é mais fácil de ser explicado pelos positivistas, que podem escolher a rota exclusivista e afirmar que, nesse caso, os juízes são juridicamente obrigados a aplicar padrões extrajurídicos, ou ainda a rota inclusivista e admitir que os fundamentos do Direito podem possuir uma natureza moral. No entanto, o caso *TVA*, possuindo em sua questão central uma divergência sobre quais sejam os fundamentos do Direito, não é adequadamente respondido por nenhuma das duas correntes positivistas. Isso porque elas ainda não teriam apresentado um argumento que afastasse a ideia de que o Positivismo considera que os fundamentos do Direito são fruto de um acordo. Diante disso, os positivistas ainda estariam diante da incapacidade de explicar a possibilidade de discordância sobre a vinculação jurídica de certos fatos (os *grounds of law*) cuja capacidade vinculativa requer a existência de um acordo sobre essa vinculação.

Destaca ainda que os positivistas não ofereceram uma resposta direta à segunda linha de ataque de Dworkin. Embora tenham atacado sua teoria a respeito da interpretação construtiva, sequer tentaram demonstrar que os desacordos teóricos são compatíveis com uma

visão positivista do Direito. A primeira explicação para a ausência de resposta seria que os positivistas não perceberam a diferença da primeira para a segunda crítica de Dworkin, considerando que suas respostas à primeira crítica se aplicavam de pronto à segunda. No entanto, a segunda crítica busca demonstrar que os fundamentos do Direito não podem ser determinados por uma convenção, enquanto as respostas a primeira pressupõem que esses fundamentos são de fato fixados por convenção. A segunda explicação é que os positivistas não tenham se comovido com a crítica de Dworkin, mantendo o argumento de que os desacordos teóricos não são possíveis, uma vez que os juízes estão na verdade reformando o Direito de forma dissimulada.

Isso se daria porque a resposta de Dworkin a este argumento não teria sido convincente, pois a população em geral poderia tanto ignorar o fato de que os juízes estão fingindo, quanto estar por demais intimidada pelos oficiais jurídicos para desafiá-los. Além disso, a atitude aparentemente contraditória de alguns juízes em casos difíceis pode explicar-se por eles possuírem objetivos mais amplos do que os que Dworkin percebeu. Shapiro argumenta que, no caso *TVA v. Hill*, o juiz Burger poderia estar tentando reparar não a Lei de Espécies Ameaçadas, mas as normas para interpretação dos textos legislativos, negando aos juízes a possibilidade de desviarem do texto legal quando discordarem de seu resultado.

Diante disso, Shapiro propõe uma reformulação do argumento de Dworkin de maneira que o argumento da reforma do Direito não seja mais tão conveniente, chamando atenção para o fato de que os juízes não são os únicos que se engajam em desacordos teóricos. Os doutrinadores também o fazem, sendo que em geral não possuiriam motivos políticos para camuflar como desacordos teóricos seus argumentos em favor de reformas no Direito. Assim, os positivistas necessitariam demonstrar que os acadêmicos não compreendem adequadamente a prática que estudam para sustentar a inexistência dos desacordos teóricos.

Uma terceira possibilidade é que os positivistas tenham confundido o argumento dos desacordos teóricos com o argumento do aguilhão semântico, considerando que, uma vez que o Positivismo não é comprometido com uma semântica criterial, este argumento não afetaria o Positivismo Jurídico. No entanto, Shapiro considera que, uma vez que se trata de argumentos distintos, refutar o aguilhão semântico não invalida automaticamente o argumento sobre os desacordos teóricos.⁷¹

Shapiro usa Brian Leiter como exemplo de um autor positivista que considera que o debate Hart-Dworkin não deve mais ocupar um espaço central na Filosofia do Direito, uma

⁷¹ Shapiro, *HDD*, p. 41 (nota de rodapé).

vez que o Positivismo teria claramente ganhado o debate. Não obstante, aponta que esse entendimento decorre da ideia errônea de que a discussão se restringe às críticas de Dworkin proferidas no artigo “The Model of Rules I”. Assevera que o Positivismo Jurídico é ainda particularmente vulnerável às críticas elaboradas em *Law’s Empire* e não dar atenção a isso seria ignorar a ameaça mais séria que desafia o Positivismo no início do século XXI.⁷²

A partir da síntese das duas frentes de ataque de Dworkin ao Positivismo Jurídico, quais sejam o argumento da discricionariedade judicial e o argumento dos desacordos teóricos, Shapiro considera que a questão fundamental do debate Hart-Dworkin é a seguinte: “É o Direito fundamentado, em última análise, apenas em fatos sociais, ou os fatos morais também determinam a existência e o conteúdo do Direito?”⁷³ Na sequência dessa dissertação, analisar-se-á mais a fundo essa proposta de interpretação do debate, bem como se as respostas já oferecidas pelos positivistas contemporâneos são suficientes para defender o Positivismo Jurídico, especialmente no que tange à tese de Hart, das críticas de Dworkin.

⁷² Shapiro, *HDD*, p. 53-54.

⁷³ Shapiro, *HDD*, p. 54. No texto original: “Is the law ultimately grounded in social facts, or moral facts also determine the existence and content of the law?”

2 O POSITIVISMO JURÍDICO DIANTE DO DEBATE HART-DWORKIN

No capítulo anterior, foram apresentados os argumentos elaborados por Dworkin contra o Positivismo Jurídico. Conforme foi possível observar, o principal alvo de ataque de Dworkin foi a versão do Positivismo Jurídico apresentada por Hart. Diante disso, neste capítulo e no próximo, será dado especial enfoque à defesa da teoria hartiana em face das críticas da discricionariedade judicial, da visão do Direito como simples questão de fato e do aguilhão semântico. Para tanto, será oferecida uma chave de leitura para a obra *The Concept of Law* diferente da utilizada por Dworkin, buscando-se argumentos tanto na obra original e em seu posfácio, quanto nas leituras oferecidas por outros autores positivistas e pós-positivistas que se debruçaram sobre a obra de Hart.

Na *primeira seção* desse capítulo, por meio de John Gardner⁷⁴, será realizada uma desconstrução necessária dos mitos que cercam o senso comum acerca do que significa ser um positivista. Na *segunda seção*, com base em Neil MacCormick, será elaborado um panorama geral da teoria positivista de Hart. Na *terceira seção* será analisada uma distinção comumente utilizada pelos autores que se auto intitulam positivistas, os quais se dividem entre positivistas inclusivistas e exclusivistas (ou *soft* e *hard*). Na *quarta seção*, proceder-se-á à refutação do primeiro argumento de Dworkin, que sustenta que a teoria de Hart vê o Direito como um sistema de regras, sendo incapaz de explicar a existência de princípios e dando azo à discricionariedade judicial em sentido forte. Na *quinta e última seção*, serão apresentados argumentos em oposição à crítica do aguilhão semântico, bem como a compreensão de Shapiro⁷⁵ acerca do argumento da *plain-fact view*.

2.1 O que não significa ser um positivista: uma desconstrução necessária

Após apresentar a visão de Dworkin acerca do Positivismo Jurídico, se faz necessário, como primeiro passo para refutar seu argumento, apontar e desconstruir alguns mitos em que se funda a visão da comunidade jurídica em geral acerca da teoria positivista,

⁷⁴ Gardner, John. *Law as a Leap of Faith: essays on law in general*. London: Oxford University Press, 2012. Citado, a seguir, como *LLF*.

⁷⁵ Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed."

em parte sustentada por Dworkin. Tal desconstrução é realizada por Gardner na obra *Law as a Leap of Faith*, referida na nota anterior, especialmente no artigo “Legal Positivism: 5 ½ Myths”⁷⁶.

Em primeiro lugar, Gardner esclarece que há duas formas de se referir ao Positivismo Jurídico. Quando no âmbito da história das ideias, a expressão “Positivismo Jurídico” faz referência a uma tradição intelectual bastante ampla, integrada por pensadores como Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart. Esses pensadores, afirma Gardner, não convergem em muitas proposições acerca do Direito. Não obstante, há uma afinidade a respeito dos temas sobre os quais se debruçam. Essa tradição pode ser distinguida por meio da ênfase em algumas características do pensamento e da experiência jurídica, quais sejam seus aspectos empíricos. Nesse sentido, não há de se falar em uma ou mais teses comuns defendidas por todos que estão reunidos sob o rótulo de positivistas, implicando apenas uma afinidade de temas.

De outra banda, no âmbito do debate filosófico, que se preocupa com a verdade das proposições, o rótulo “Positivismo Jurídico” deve implicar uma afinidade de teses. Isso porque não há nada de filosófico a se dizer sobre os positivistas como um grupo a menos que haja uma proposição distintiva ou um conjunto destas que tenha sido defendido ou assumido por todos que assim se denominam ou são assim rotulados. Dito isto, Gardner propõe uma formulação para a tese central do Positivismo Jurídico, a qual denomina (LP*):

(LP*) Em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela faz parte do Direito daquele sistema, [isso] depende de suas fontes, não de seus méritos (em que seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes).⁷⁷

Por meio da formulação proposta, Gardner toma a questão da validade da norma jurídica como tese central do Positivismo Jurídico, dando ênfase às suas fontes. Como ressalta, o que reúne os autores identificados com o Positivismo Jurídico é a crença de que as leis são positivas (*posited*). Esta é também uma proposição em que todas as figuras históricas da tradição positivista, anteriormente citadas, convergem. Significa dizer que: “em qualquer sistema jurídico, uma norma é válida como norma desse sistema apenas em virtude do fato de que, em algum tempo e local relevante, um ou mais agentes relevantes a anunciaram,

⁷⁶ Gardner, *LLF*, p. 19-53.

⁷⁷ Gardner, *LLF*, p. 21. No texto original: “(LP*) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources).”

praticaram, invocaram, fizeram valer, endossaram ou de outra forma engajaram-se com ela”.⁷⁸ Note-se que este conceito de Direito positivo é bem mais amplo que a simples promulgação de uma lei, incluindo outras formas de criação do Direito, como as decisões de juízes e cortes superiores.

Há uma relação entre a formulação apresentada por Gardner e a tese defendida por Shapiro apresentada no primeiro capítulo. Shapiro sustenta que, para o Positivismo Jurídico, a autoridade jurídica repousa em fatos sociais, o que recebe a denominação e tese dos fatos sociais (*social fact thesis*). Gardner, por sua vez, defende que a validade da norma deriva das suas fontes. Unindo as duas proposições, tem-se que, embora a autoridade jurídica seja, para o Positivismo Jurídico, a fonte de validade da norma jurídica, essa autoridade remete, em última análise, a uma regra (ou fato) social, instituidor da autoridade. Na terminologia de Hart, essa autoridade irá derivar das regras secundárias. Maiores considerações (e algumas restrições) à tese dos fatos sociais serão elaboradas no terceiro capítulo.

Ao diferenciar o Positivismo da doutrina do Direito Natural, Shapiro afirma que, para os jusnaturalistas, a autoridade irá residir em fatos morais. Aproximando-se essa leitura do que ora se expõe a respeito do pensamento de Gardner, segundo a tese do (LP*) uma visão não positivista reivindicará que a validade da norma jurídica dependerá dos méritos dessa norma, isto é, de seu valor moral. Retomando a questão fundamental do debate Hart-Dworkin, proposta por Shapiro, pode-se concluir que Dworkin adota uma visão não positivista (apesar de rejeitar o rótulo de jusnaturalista). Isso se deve ao seu argumento de que princípios não possuem *pedigree*, isto é, sua validade não pode ser fundamentada na regra de reconhecimento, derivando de uma moralidade crítica. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis classifica Dworkin como adepto de um “moralismo jurídico radical”,⁷⁹ em que há uma união necessária e contínua entre Direito e moral.

Gardner considera que a comunidade jurídica, ao tentar compreender o Positivismo Jurídico, frequentemente o representa erroneamente. Para explicar esse fenômeno, apresenta dois fatores principais.⁸⁰ A primeira razão de má compreensão se deve ao fato de que a proposição (LP*), embora seja uma proposição sobre as condições de validade de normas que podem ser utilizadas no raciocínio prático, é em si mesma normativamente inerte. Isto é, o

⁷⁸ Gardner, *LLF*, p. 20. No texto original: “(...) in any legal system, a norm is valid as a norm of that system solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent or agents announced it, practiced it, invoked it, enforced it, endorsed it, or otherwise engaged with it.”

⁷⁹ Dimoulis, Dimitri. *Positivismo Jurídico*: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 94-95.

⁸⁰ Gardner, *LLF*, p. 23-25.

Positivismo Jurídico não se mostra, por si só, a favor ou contra se fazer qualquer coisa. Dessa forma, pode funcionar como uma premissa menor, mas nunca como uma premissa maior de um silogismo prático. Nesse sentido, além de não fornecer um guia moral de conduta, o Positivismo Jurídico tampouco fornece um guia jurídico. Tal inércia normativa abrangente é de difícil compreensão para os professores e operadores do Direito, que buscam na Filosofia do Direito justificativas ou até mesmo críticas para sua atuação prática.

O segundo fator que gera a incompreensão do Positivismo Jurídico deriva da dificuldade dos estudantes de Direito perceberem a diferença entre normas jurídicas, que são validadas pelas fontes, e outros tipos de normas, como as normas morais, que podem ser válidas com base em seus méritos. Pois para a tese (LP*) revelar algo sobre o Direito, deve demonstrar algo que o diferencie das demais normas. Ocorre que os estudantes, professores e operadores do Direito muitas vezes supõe equivocadamente que as normas morais e estéticas também são validadas em função de suas fontes, isto é, porque alguém se engajou com elas. Isto faz com que a tese central do Positivismo Jurídico pareça redundante, uma vez que consideram que esta é uma característica comum a todos os tipos de norma. Concluem, a partir disso, que o Positivismo deve defender outras teses menos triviais do que a defendida por (LP*). Surgem, assim, os mitos a respeito da teoria positivista.

2.1.1 Positivistas são anfitriões da positividade

O primeiro mito que Gardner apresenta em seu ensaio sobre os cinco mitos e meio sobre o Positivismo Jurídico é, com efeito, o “meio mito”. Trata-se do mito sobre o “valor da positividade”.⁸¹ Trata-se de um meio mito porque sua origem remonta aos primeiros trabalhos da tradição positivista, como os de Hobbes e Bentham. Nestas obras, a ideia de que as normas são válidas segundo suas fontes e não segundo seus méritos, expressa pela formulação (LP*), inspiraria uma espécie de otimismo a respeito do valor do Direito. Para os primeiros positivistas, a positividade da norma constituiria por si só um mérito redentor (*redeeming merit*) até mesmo para as normas menos meritórias.

Segundo Gardner, os adeptos dessa linha de pensamento são comumente conhecidos como “positivistas jurídicos normativos” (*normative legal positivists*), embora prefira denominá-los de “anfitriões da positividade” (*positivity-welcomers - PW*), uma vez que entende não ser necessário endossar a tese central do positivismo para concordar com a ideia

⁸¹ Gardner, *LLF*, p. 26-29.

expressa por (PW): “na medida em que (LP*) é correto, identifica algo não apenas verdadeiro sobre as normas jurídicas, mas também algo meritório sobre as normas jurídicas”⁸². Como exemplos contemporâneos de anfitriões da positividade, Gardner aponta Neil MacCormick, Tom Campbell e Jeremy Waldron.

Aqueles que endossam tanto a tese expressa por (LP*) quanto por (PW) são mais facilmente compreendidos por aqueles que veem o Direito a partir de uma visão do senso comum, pois se enquadram na crença geral de que todo o positivista deve acreditar que a positividade do Direito não é apenas algo com o qual se deve conviver, mas também algo para se orgulhar. Não obstante, Gardner esclarece que a maturação filosófica do Positivismo no século XX ocasionou que seus representantes mais importantes – dentre estes Kelsen, Hart e Raz – abandonassem a ideia de que a positividade do Direito é em si mesma meritória.

A este respeito, Thomas Bustamante⁸³ adota posicionamento digno de nota. Sustenta que, desde a virada linguística e da ascensão do ponto de vista hermenêutico na filosofia do Direito, já não há mais lugar para abordagens do Direito puramente descritivas. Ao lado de Dworkin, posiciona-se contra as teorias metaéticas Arquimedianas, defendendo que a única forma possível de Positivismo é o Positivismo normativo de cunho neobenthamista de autores como Waldron, Schauer e Campbell. Trata-se de um tipo de Positivismo Jurídico que parte de do argumento moral de que os valores associados ao Direito podem ser melhor alcançados se for adotada uma tese das fontes como a expressa por (LP*), por não exigir que as pessoas realizem valorações morais para saber o que o Direito é.

No caso específico de Hart, Gardner⁸⁴ aponta que este acreditava que todas as leis possuíam um mérito redentor, mas este não derivava de sua positividade, e sim do fato de que não eram simplesmente normas, mas regras. Isto é, do fato de possuírem a característica de serem normas repetidamente aplicáveis caso a caso. Esse mérito derivava do caráter geral das leis, que, se corretamente aplicadas, ocasionam que casos iguais sejam tratados igualmente, o que seria considerado por Hart uma espécie de justiça. Gardner esclarece que a visão de Hart é diversa da exposta por (PW), porque (LP*) não trata apenas sobre leis, mas sobre o que faz com que normas se tornem normas jurídicas válidas. Dessa forma, uma decisão judicial que determine que “João deve pagar R\$ 50,00 de indenização a Maria”, mesmo não sendo uma

⁸² Gardner, *LLF*, p. 26. No texto original: “(PW) To the extent that (LP*) is sound, it identifies something not only true about legal norms, but meritorious about legal norm as well.”

⁸³ Bustamante, Thomas. “A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, mar. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>>. Acesso em: 11 nov. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p307-327>.

⁸⁴ Gardner, *LLF*, p. 27-29.

norma geral, será uma norma juridicamente válida segundo suas fontes, conforme exposto por (LP*). Por não ser uma norma geral, não possuirá o mérito redentor que Hart atribuiu às leis.

Endossar a tese expressa por (LP*) não significa atribuir qualquer valor ou mérito automático às normas jurídicas. É possível, inclusive, que a positividade do Direito possa ser considerada um fundamento importante para justificar a aversão a todas as normas jurídicas, por retirar automaticamente qualquer mérito que elas pudessem possuir. Com base nisso, Gardner argumenta que os anarquistas são tipicamente positivistas, na medida em que geralmente defendem uma oposição automática a respeitar quaisquer normas jurídicas pelo simples fato de serem jurídicas. Devem, portanto, necessariamente endossar a tese (LP*) como embasamento para transformar seu argumento contra a submissão à autoridade em um argumento contra o respeito ao Direito. Isso, logicamente, não implica que os anarquistas acreditem que todas as normas jurídicas possuam qualquer mérito redentor. O mesmo vale para os teóricos positivistas que, a exemplo de Raz, negam que as leis ou as normas jurídicas tragam consigo mérito algum.

Portanto, a tese de que a positividade da norma traz consigo um valor (PW) é inspirada, mas não é uma consequência necessária da tese positivista de que as normas são válidas segundo suas fontes (LP*). Um positivista está livre para adotar qualquer posicionamento sobre a possibilidade da existência de um valor inerente à positividade. Como alguns positivistas, a exemplo do Hobbes, realmente adotaram o posicionamento de que a positividade constitui um mérito redentor de qualquer norma, o mito sobre o valor da positividade constitui um meio mito.

2.1.2 Positivistas são formalistas

O segundo mito consiste em acreditar que os positivistas dão uma ênfase especial ao ideal do Estado de Direito (*rule of law* ou *Rechtsstaat*)⁸⁵ em detrimento de outros ideais de governo. Por um lado, possui relação com o primeiro mito, por também partir da ideia de que os positivistas são entusiastas do Direito. Não obstante, pode também sugerir a ideia de que os positivistas insistam na avaliação das leis de acordo com a sua forma (clareza, certeza, visão

⁸⁵ Gardner, *LLF*, p. 29-34. É possível discutir se “Estado de Direito” é a tradução mais apropriada para a expressão “*rule of law*”, que também poderia ser traduzida para algo como “primado do Direito”. Contudo, optou-se por esta tradução em virtude de Gardner referir-se à expressão alemã “*Rechtsstaat*”, cuja tradução mais precisa é “Estado de Direito”, como um sinônimo de “*rule of law*”.

prospectiva, generalidade e abertura), em oposição ao seu conteúdo, isto é, baseando-se em critérios avaliativos independentes de conteúdo.

Gardner assevera que há várias confusões por trás desse mito. Primeiramente, entende que os critérios estabelecidos pelo ideal do Estado de Direito não são meramente formais⁸⁶. Em segundo lugar, entende que a distinção entre critérios de validade baseados nas fontes (*source-based*) e critérios de validade baseados nos méritos (*merits-based*), estabelecida pela tese central do Positivismo Jurídico, não possui relação com a distinção entre a forma e o conteúdo de uma lei. Considerar que a validade da norma depende do respeito a critérios formais (como clareza e certeza) é basear a validade em seus méritos. Não nos méritos de seu conteúdo, mas em seus méritos formais. Ora, tomar questões formais que envolvem mérito como critério de validade é ir de encontro à tese (LP★).

Cabe esclarecer que a validade de uma norma pode depender de seu conteúdo, desde que não dependa do mérito de seu conteúdo. Isto é, uma determinada autoridade pode possuir competência para alterar o Direito em matéria criminal, mas não em matéria de responsabilidade civil. Nesse sentido, a validade da norma vai depender de a autoridade possuir competência para criar normas cujo conteúdo verse sobre aquela matéria.

Transportando o exemplo de Gardner para o caso brasileiro, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 22, elenca as matérias de competência legislativa privativa da União, como, por exemplo, matéria relativa ao Direito Penal. Diante disso, caso a Assembleia Legislativa de um Estado aprovasse uma lei tipificando uma conduta como crime, tal norma jurídica não seria válida por violar o disposto em (LP★). Essa ausência de validade jurídica possui relação com o conteúdo da norma, isto é, com a sua matéria, mas não com o mérito deste conteúdo, já que não se levou em consideração se a norma era ou não desejável.

Segundo Gardner, tanto a validade não depende dos ideais do Estado de Direito que Hart⁸⁷, em seu debate com Fuller, afirmou que uma norma que fosse retroativa, radicalmente incerta e desprovida de qualquer generalidade, ainda assim seria uma norma jurídica tão juridicamente válida quanto uma que fosse prospectiva, admiravelmente certa e perfeitamente geral. Para Fuller, os valores do Estado de Direito constituíam a “moralidade interna do Direito”. O que o Positivismo Jurídico defende é que tais valores, por mais desejáveis que sejam, não podem estar entre as condições de validade das normas jurídicas.

⁸⁶ Ver Gardner, *LLF*, p. 195-220 (cap. 8), acerca da suposta formalidade do Estado de Direito.

⁸⁷ Hart, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. In. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendo Press, 1983, p. 49-87.

No escopo deste mito ainda se encontra a suposição de que a maneira correta de avaliar uma norma é ditada por suas condições de validade, dando a entender que a única maneira adequada de criticar uma norma é afirmar que ela é inválida. Contudo, Gardner assevera que “concordar que uma norma é juridicamente válida não é incompatível com sustentar que ela é inteiramente sem valor e que deveria ser universalmente atacada, evitada, ignorada ou ridicularizada”⁸⁸. Trata-se de um debate moral substantivo – sobre a atitude que alguém deve ter diante das normas jurídicas válidas – independente da tese central do Positivismo Jurídico, a qual é normativamente inerte.

Além disso, Gardner destaca ainda que não existe qualquer óbice para que qualquer pessoa critique uma norma de todas as formas possíveis, tanto apontando seus deméritos supostamente formais – como falta de clareza, incerteza, retroatividade, ausência de generalidade, obscuridade, etc. – quanto os deméritos de seu conteúdo. Quanto ao conteúdo, é possível criticar, por exemplo, que a norma estabeleceu uma proteção muito alta à liberdade de expressão, ou ainda que estabeleceu uma alíquota de imposto de renda muito baixa. Nenhuma das críticas aqui elencadas implica afirmar que a norma é inválida, pois esta apenas o será se violar o disposto em (LP*).

2.1.3 Juízes são a boca da lei

O terceiro mito é ainda hoje muito popular no imaginário jurídico brasileiro. Trata-se do mito do “juiz boca da lei”, ou, como Gardner denomina, o mito da “decisão judicial positivista”⁸⁹. Consiste na suposição de que os juízes não podem analisar os méritos dos casos ao decidi-los, de que eles estão sob uma obrigação profissional de cunho moral de decidir os casos por meio da exclusiva aplicação de normas jurídicas válidas. Contudo, Gardner afirma que essa crença não é partilhada pelos positivistas de maneira geral, sendo inclusive desafiada por muitos. No mesmo sentido é o argumento de Dimitri Dimoulis:

Os positivistas nunca tiveram o irrefreado otimismo de considerar que as leis resolvem todos os problemas de forma mecânica, tornando o juiz uma espécie de máquina de subsunção, que atuaria de forma previsível, guiado pela certeza normativa, tal como ocorre com uma máquina programada a dar respostas fixas e preestabelecidas.⁹⁰

⁸⁸ Gardner, *LLF*, p. 32.

⁸⁹ Gardner, *LLF*, p. 34-37.

⁹⁰ Dimoulis, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 53.

Dimoulis afirma ainda que mesmo os adeptos da Escola da Exegese na primeira metade do século XIX, os quais declaravam nos prefácios de seus tratados que pretendiam realizar uma interpretação estritamente gramatical e lógica do texto normativo, não o fizeram. Esclarece que a análise detalhada das obras desses teóricos conclui que essa tese não foi aplicada de forma coerente, sendo que as soluções interpretativas propostas na verdade refletiam opções políticas pessoais.⁹¹

Segundo Gardner, A maneira mais simples de rebater este mito é confrontá-lo com outra obrigação profissional dos juízes, qual seja de não negar a jurisdição, não se recusarem a decidir os casos validamente trazidos diante deles. Para Gardner, nenhuma regra de fechamento do sistema jurídico, por mais engenhosa que seja, pode assegurar a eliminação de lacunas, seja em casos em que uma norma não é nem aplicável nem inaplicável, mas indeterminada⁹², seja em casos em que duas normas jurídicas válidas entrem em conflito, pois uma requer e a outra proíbe a mesma conduta. Se fossem obrigados a resolver os casos apenas aplicando normas jurídicas válidas, os juízes não teriam como decidir nessas hipóteses. Como não podem negar a jurisdição, ao menos nesses casos os juízes são obrigados a decidir com base nos méritos do caso e das normas que podem positivizar para resolvê-lo.

Observa-se que, visto dessa forma, o Positivismo se torna o inimigo natural do juiz boca da lei, que deve decidir os casos sem levar seus méritos em consideração. Tampouco a visão de que os juízes devem sempre que possível decidir os casos por meio da aplicação de normas jurídicas válidas é uma ideia positivista. A tese central do Positivismo deixa em aberto a questão de se e quando os juízes devem aplicar apenas normas jurídicas.

Segundo Gardner, alguns positivistas, a exemplo de Bentham, são entusiastas da ideia de limitar o papel dos juízes de desenvolver o Direito. Não obstante, essa preferência é independente de seu Positivismo, pois este é indiferente à questão de quem deve positivizar o Direito. O mesmo ocorre no caso dos positivistas normativos, que defendem a tese (PW), pois tanto as normas criadas pelos juízes quanto as criadas judicialmente são positivadas. Diante disso, conclui-se pela incompatibilidade com o Positivismo Jurídico da tese de que os juízes

⁹¹ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 54.

⁹² Dworkin, ao abordar a questão do ceticismo interno, defende que a posição pela inexistência de uma resposta correta (isto é, de que a resposta é indeterminada) nos domínios do valor, incluindo no domínio do Direito, não pode ser uma posição adotada automaticamente. As reivindicações de indeterminação, para Dworkin, requerem uma teoria positiva. Ver Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Belknap Press, 2011, p. 88-96. Entendemos que, ao argumentar que é impossível eliminar a possibilidade de indeterminação, Gardner não está se comprometendo com a adoção automática de uma posição de indeterminação nos moldes da crítica de Dworkin.

devem apenas aplicar normas jurídicas válidas ao decidir casos, sem levar em conta os méritos do caso que estão analisando.

2.1.4 Juízes são legisladores de meio período

O quarto mito elencado por Gardner⁹³ possui relação com a primeira crítica de Dworkin ao Positivismo de Hart, consistindo no mito de que, para a teoria positivista, os juízes são legisladores de meio período. Dworkin, apesar de concordar com Hart que os juízes precisam decidir alguns casos com base em seus méritos, recusava-se a concordar que isso significasse que estivessem fazendo algo além de aplicar normas jurídicas válidas. Para Dworkin, a criação judicial do Direito consiste em uma grave violação da doutrina da separação dos poderes, transformando os juízes em legisladores de meio período, bem como violando o banimento por parte do Estado de Direito da criação de normas retroativas.

Gardner destaca que este mito, em associação com o exposto no item anterior, gera um movimento argumentativo que busca deixar os positivistas sem saída. Ou os positivistas concordam que os juízes não devem decidir os casos com base em seus méritos (são a boca da lei) ou se comprometem com a visão de que os juízes são legisladores de meio-período. Este último mito possui como fonte a suposição equivocada de que toda a criação do Direito é necessariamente legislativa. Ocorre que, mesmo nos casos em que não existem normas jurídicas aplicáveis, o juiz ainda assim possui uma obrigação profissional de alcançar suas decisões por meio do raciocínio jurídico, formulando uma nova norma que é validada como uma nova norma jurídica do sistema.

Nesse caso, o raciocínio jurídico terá as normas jurídicas já existentes entre suas premissas maiores, combinando-as com premissas morais ou outras premissas baseadas em méritos para criar uma nova norma jurídica, que pode ser uma modificação de uma norma já existente. Caso este caso seja decidido por uma corte suficientemente elevada, essa nova norma pode se tornar juridicamente válida para casos futuros, sem deixar de estar sujeita a futuras reformulações. Contudo, o juiz, ao criar novas normas por meio do raciocínio jurídico, exerce um papel diferente do papel do legislador. Isso porque uma legislatura está autorizada a criar novas normas com base em fundamentos inteiramente não jurídicos, podendo raciocinar sobre um problema puramente com base em seus méritos.

⁹³ Gardner, *LFF*, p. 37-42.

Nesse sentido, Gardner complementa que o que é moralmente importante para o ideal da separação dos poderes não é a separação entre os poderes de criar e de aplicar o Direito. Antes, o que é importante é a separação entre os poderes legislativos de criação do Direito – isto é, os poderes de criar leis sem precedentes jurídicos – e os poderes judiciais de criação do Direito – isto é, os poderes de desenvolver o Direito de forma gradual, utilizando os recursos jurídicos existentes. De maneira semelhante, o ideal do Estado de Direito que prevê o banimento de se legislar retroativamente não inclui a proibição de alteração retroativa das normas jurídicas por parte das cortes, apenas a legislação retroativa.

Gardner conclui que é um mito que os positivistas, ao concordarem que as normas jurídicas não resolvem todos os casos, precisam automaticamente crer que os juízes são legisladores. Deve-se levar em conta que a distinção entre criação legislativa e judicial do Direito é compatível com a tese expressa por (LP*), pois, segundo a tese central do positivismo jurídico, uma norma pode ser positivada quando alguém se engaja com ela. Esse engajamento é praticado pelo juiz ao criar uma nova norma jurídica elaborando um raciocínio jurídico. Já a criação legislativa do Direito envolve um tipo de engajamento completamente diferente, por consistir no pronunciamento da norma sem a necessidade de uma argumentação jurídica.

2.1.5 Positivistas são adeptos da interpretação literal

O quinto mito sobre o Positivismo Jurídico analisado por Gardner⁹⁴ é por vezes sugerido pelos críticos e amplamente difundido pelos estudantes, que acreditam que os positivistas devem favorecer alguns métodos de interpretação da lei sobre outros, notadamente os métodos da interpretação textual e da busca pela intenção do legislador. Isto é, devem apoiar a interpretação com base apenas nos recursos do texto legal ou acreditar na interpretação de acordo com a intenção original do legislador.

O equívoco deste mito reside na suposição de que as normas juridicamente válidas devem necessariamente positivadas articulada e intencionalmente, isto é, formuladas em palavras e com a visão de se positivar uma norma. No entanto, não há uma suposição compartilhada nesse sentido pelos adeptos da tese (LP*). Embora a teoria do comando articulada por Bentham e Austin incluía essa suposição, Hart esforçou-se em distanciar-se dela, argumentando pela possibilidade de as normas serem positivadas e, por conseguinte,

⁹⁴ Gardner, *LLF*, p. 42-47.

validadas, ao serem praticadas ou usadas, sem a necessidade de serem articuladas expressamente nem de que os que a utilizam possuam a intenção de positivizar uma norma.

Nessa linha, as normas validadas pela prática, que também carecem de interpretação, não possuem a possibilidade de serem interpretadas pelos métodos de interpretação que utilizam apenas os recursos do próprio texto, pois essas normas não são articuladas, ou que buscam interpretar de acordo com a intenção original, pois os que positivam a norma por meio da prática não possuem necessariamente a intenção de criar uma norma. Portanto, é presumível que existam outros métodos de interpretação adequados a esse tipo de norma. Existindo outros métodos, não há razão aparente para que se limite que as normas escritas precisem ser interpretadas apenas de maneira textualista ou originalista.

Outrossim, no caso das normas legisladas ou de outra forma intencionalmente criadas, se faz necessário que a autoridade, que é como se denomina comumente quem tem o poder de criar normas intencionalmente, deve ser capaz de determinar até um certo ponto o Direito criado. Conseguindo o criador da norma perceber como os outros irão interpretá-la, torna-se possível adaptar a maneira como a enunciará para alcançar a interpretação desejada. Em um sistema jurídico, isso se torna possível se existirem normas jurídicas de interpretação (baseadas nas fontes) padronizadas. Contudo, disso pode decorrer uma tendência conservadora, pois quem produz a lei pode apenas adaptar-se às normas de interpretação já propostas ou em uso.

Não obstante, essa ressalva perde força observando-se que mesmo as normas intencionalmente criadas em geral não o são por apenas um agente e em um único momento. Gardner exemplifica essa questão afirmando que, quando alguém pergunta pelo significado da primeira emenda à constituição americana aplicada a um caso particular, não se refere ao acordo originalmente firmado em 1789, mas ao Direito proveniente da primeira emenda. Isso inclui, além do acordo original, outros pronunciamentos, por vezes conflituosos, de diversos juízes ao longo dos séculos. Todos que se engajaram na interpretação da primeira emenda devem ser tidos como autoridades. Diante disso, as implicações conservadoras do princípio da deferência à autoridade são tão limitadas que são raramente dignas de qualquer ansiedade moral real.

É ainda necessário considerar que o ato de interpretar normas jurídicas não se restringe ao seu momento de aplicação, em oposição ao momento de criação da norma. Isto é, a atividade interpretativa tangencia a tênue linha da distinção entre identificação das normas jurídicas e o seu uso para criar novas normas. Quando o juiz se depara com conflitos ou indeterminações entre as normas validadas pelas fontes aplicáveis, incluindo as normas de

interpretação e de precedentes, o processo de interpretação dá um passo além do Direito. Quando a utilização dos métodos de interpretação baseados em fontes não foi suficiente para deixar claro o sentido da norma, ele acaba precisando ser pacificado com base em seus méritos. Nesse ponto, definir o sentido da norma significa dar um sentido a ela, transpondo-se a linha para ir da aplicação da norma para a sua alteração.

Segundo Gardner, quando um juiz decide que uma mulher possui o direito de não ter um emprego negado pelo fato de estar grávida, isso pode se constituir tanto em uma aplicação do *Civil Rights Act* quanto em um desenvolvimento deste. Isso porque alguns atos de interpretação possuem o objetivo de estabelecer o que a lei já prevê, enquanto outros preocupam-se em estabelecer o Direito no sentido de fazer com que ele diga algo novo. Tomando em conta a tese (LP*), a diferença entre definir o sentido da norma e lhe conferir um sentido novo consiste na diferença entre um método de interpretação inteiramente baseado nas fontes e outro que é parcial ou completamente baseado nos méritos, visando o que tornaria a norma moralmente defensável ou mais adequada aos propósitos pretendidos.

Ocorre que a tese central do Positivismo Jurídico não se posiciona a respeito de onde se encontra o equilíbrio entre esses dois modelos de interpretação, uma vez que (LP*) é uma tese que não se manifesta sobre o ponto em que deve terminar a criação do Direito para dar lugar à aplicação do Direito. Nesse sentido, interpretar o Direito pode significar tanto criá-lo ou aplicá-lo. O Positivismo, portanto, não endossa a ideia de que um método de interpretação, seja textualista, seja originalista, deve ser favorecido em detrimento dos demais.

2.1.6 O Direito não possui conexão necessária com a moral

O sexto e último mito sobre o Positivismo apresentado por Gardner⁹⁵ consiste na seguinte assertiva: “(NNC) não existe conexão necessária entre Direito e moralidade”.⁹⁶ Gardner o denomina de tese da conexão não necessária (*‘no necessary connection’ thesis*) e afirma que tal tese é absurda, bem como que nenhum filósofo do Direito de expressão jamais a endossou dessa forma. Esclarece que, sendo o Direito e a moralidade semelhantes em alguma medida, há uma conexão necessária entre estes domínios. Afirma que filósofos como Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz e Coleman, ao explicarem os vários aspectos da natureza do Direito, apontam pelo menos alguma conexão necessária mais substancial entre Direito e moralidade.

⁹⁵ Gardner, *LLF*, p. 48-51.

⁹⁶ Gardner, *LLF*, p. 48. No texto original: “(NNC) there is no necessary connection between law and morality.”

Segundo Gardner, a origem desse mito se deve muito provavelmente aos primeiros trabalhos de Hart⁹⁷, em especial a uma nota de rodapé em que Hart confundiu o endosso enfático do Positivismo por Bentham e Austin por uma afirmação da tese de que não há conexão necessária entre Direito e moral. Além disso, também passou a impressão de endossar ele mesmo essa tese, para posteriormente admitir que não o fazia, defendendo que toda lei exige necessariamente um mérito moral redentor, por ser geral e tratar igualmente casos iguais:

Se atribuirmos a um sistema jurídico o sentido mínimo de que deve consistir de regras gerais – gerias tanto no sentido de que devem se referir a cursos de conduta, não a ações individuais e à multiplicidade dos homens, não à indivíduos particulares –, este sentido conota o princípio de tratar igualmente os casos iguais (*treating like cases alike*), embora os critérios para se decidir quando os casos são iguais sejam, por enquanto, apenas os elementos gerais especificados nas regras. É verdade, entretanto, que o elemento essencial ao conceito de justiça é tratar igualmente casos iguais. Esta é a justiça na aplicação do Direito, não a justiça do Direito. **Assim, há, na noção mesma de Direito como consistindo de regras gerais, algo que nos impede de tratá-lo como se moralmente ele fosse absolutamente neutro, sem qualquer contato necessário com princípios morais.**⁹⁸ (grifo nosso)

Isto posto, Gardner entende que a tese (NNC) é diferente da tese (LP*), a qual é em dois aspectos mais ampla e em outros dois mais estreita que (NNC). Primeiramente, é mais estreita por preocupar-se apenas com a questão da validade, sendo uma tese sobre o Direito, mas não uma teoria do Direito, não exaurindo todas as questões acerca de sua natureza, que são respondidas de maneiras diferentes pelos vários teóricos que adotam a tese positivista (LP*). Também é mais estreita por restringir sua atenção a uma conexão que por vezes é defendida entre a validade de uma lei e o seu mérito moral, em que aquela depende deste. Nesse sentido, os positivistas negam que as leis são válidas em função de seus méritos morais. Isto não é dizer que não possam considerar – como efetivamente o fazem Hobbes, Bentham e Hart – que as leis podem ser moralmente meritórias em razão de sua validade.

Por outro lado, a tese (LP*) é mais ampla que (NNC) por se preocupar não apenas com a ligação entre a validade de uma lei e seus méritos morais, mas também a conexão entre essa validade e qualquer de seus méritos, sejam morais, econômicos, estéticos ou quaisquer outros. A tese central do Positivismo nega qualquer ligação entre a validade e os méritos da norma. Por último, (LP*) também pode ser considerada uma tese mais ampla por não limitar

⁹⁷ Hart, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. In. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 57-58.

⁹⁸ Hart, H.L.A. “Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”. In. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Campus Jurídico, 2010, p. 88.

sua crítica às conexões supostamente necessárias entre a validade da lei e seus méritos, no sentido de conexões que derivam da natureza própria do Direito. Neste ponto, os positivistas diferem entre inclusivos e exclusivos, sendo que os primeiros entendem que a validade uma norma pode depender de seus méritos de forma contingente (Gardner inclui Hart nesse grupo), se existir outra norma validada pelas fontes que determine isso, enquanto para os exclusivos nenhuma norma depende de seus méritos para sua validade, necessária ou contingentemente. Para capturar essa divergência dentro da teoria positivista, a tese (NNC) não deveria distinguir entre conexões necessárias e contingentes.

2.2 O Positivismo Jurídico de Herbert Hart

O primeiro capítulo dessa dissertação foi dedicado à reconstrução do argumento de Dworkin contra a teoria Positivista de Hart. Neste momento, de forma a possibilitar a apresentação de uma resposta aos argumentos de Dworkin, faz-se necessário elaborar um panorama geral do Positivismo hartiano. Para tanto, toma-se por base o livro *H.L.A. Hart*⁹⁹, de Neil MacCormick, que se entende apresentar de maneira clara e concisa a teoria presente na obra *The Concept of Law*.

Segundo MacCormick,¹⁰⁰ a teoria de Hart apresenta o sistema jurídico como um sistema de regras sociais, que merecem essa denominação por governarem a conduta de seres humanos em sociedade e por deverem sua origem e existência exclusivamente a práticas sociais humanas. As regras jurídicas se diferenciam dos demais tipos de regras sociais – de moralidade, de etiqueta, de jogos, de discurso, etc. – porque, assim como as regras morais, tornam algumas condutas obrigatórias ou vinculantes, apresentando uma razão peremptória para agir, e, diferentemente das regras morais, possuem uma qualidade sistêmica que depende da relação entre dois tipos de regras, primárias e secundárias.

Enquanto as regras primárias estabelecem deveres e obrigações e proíbem algumas ações – as quais podem receber denominações como “crimes” ou “ilícitos” –, as regras secundárias conferem poderes aos oficiais do sistema jurídico para aplicar ou alterar as regras primárias. Estas são, respectivamente, as regras secundárias de julgamento e de mudança.

⁹⁹ MacCormick, Neil. *H.L.A. Hart*. Juristis: Profiles in Legal Theory. 2ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

¹⁰⁰ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 31.

Além disso, há um terceiro tipo de regra secundária que é essencial para a existência de um sistema jurídico, qual seja a regra de reconhecimento. Esta regra estabelece os critérios que determinam a validade de todas as outras regras do sistema jurídico, criando deveres que vinculam aqueles que exercem o poder público e oficial, especialmente no que tange ao poder de julgamento, para aplicarem todas e apenas as regras que satisfaçam os referidos critérios de validade.¹⁰¹

Nesse sentido, o conjunto de regras que os juízes possuem o poder de aplicar sobre aqueles que se encontram sob sua jurisdição possui um conteúdo relativamente determinado ou determinável. Dentro desta jurisdição, que compreende uma população contida em um espaço territorial delimitado, haverá um sistema jurídico composto pela regra de reconhecimento em conjunto com as regras secundárias de julgamento e mudança e as regras primárias que estabelecem deveres e obrigações.¹⁰²

No entanto, tal sistema jurídico só poderá ser considerado existente se estiver efetivamente em vigor (*effectively in force*) no território em questão. É, portanto, necessário que a maior parte dos habitantes desse território, na maior parte do tempo, obedeça às regras primárias que requerem que eles façam algumas coisas e se abstenham de fazer outras. Neste ponto, independe se esses habitantes o fazem por considerar que as regras constituem Direito vinculante ou por medo de sofrerem sanções cíveis ou criminais levadas a efeito pelos oficiais com poderes jurídicos de julgamento e com força coletiva decorrente de sua organização em grupo. É possível, inclusive, que quase toda a população se encontre em estado de obediência passiva e coagida.¹⁰³

Não obstante, a atitude dos oficiais possui importância central para a existência de um sistema jurídico, pois, para existir uma regra de reconhecimento prescrevendo aos oficiais o dever de aplicar algumas regras como Direito, é necessário que os oficiais a observem como uma regra social vinculativa. Isto é, os oficiais devem observá-la a partir do ponto de vista interno. Isso implica que eles apliquem, de maneira razoavelmente fiel, todas as regras que são válidas em razão dos critérios de reconhecimento. A regra de reconhecimento existe apenas como uma regra social partilhada aceita como um padrão de comportamento comum vinculante por aqueles cujo poder jurídico oficial depende, em última análise, dessa mesma regra de reconhecimento.¹⁰⁴

¹⁰¹ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 32-33.

¹⁰² MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 33.

¹⁰³ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 33.

¹⁰⁴ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 33-34.

Segundo a teoria de Hart, uma comunidade que possua apenas regras primárias não se enquadra como um caso central de sistema jurídico, mas não deixa de ser, de alguma forma, um exemplo de Direito. Tanto os sistemas jurídicos desenvolvidos, típicos dos estados modernos, quanto os primitivos possuem similaridades em seu conteúdo e função. Por exemplo, todas as organizações sociais possuem regras primárias proibindo violência interpessoal, fraude, desonestidade e assim por diante. Isso se deve à função social dessas regras de assegurar a coexistência em grupos sociais, necessários para a sobrevivência dos seres humanos. Neste ponto comum entre os sistemas primitivos e desenvolvidos, Hart vê um germe de verdade nas teorias do Direito natural, pois há características naturais da existência humana que tornam necessário aos seres humanos que desejam sobreviver a participação em organizações sociais. É nesse sentido que se pode falar da presença, na teoria de Hart, de um conteúdo mínimo de Direito natural essencial à sobrevivência coletiva.¹⁰⁵

Uma vez que existem algumas regras que são importantes aos seres humanos, estas também figurarão como elementos de códigos de conduta morais, ocasionando que as regras jurídicas básicas também constituam regras morais básicas. Há, neste sentido, uma sobreposição inevitável entre Direito e moralidade, que pode ser observado no conteúdo de ordens jurídicas e morais, as quais também exercem influência recíproca entre si. Apesar disso, não se pode afirmar, para a teoria de Hart, que o Direito derive de princípios morais que componham um sistema normativo preexistente de maior hierarquia a governar a humanidade. Tampouco existe uma ligação conceitual entre Direito e moralidade, mas tão somente ligações contingentes que dependem da similitude de função das duas esferas.¹⁰⁶

Nesse diapasão, uma vez que tais conexões são apenas contingentes, é possível para Hart que existam sistemas jurídicos – como ocorre com os sistemas dos Estados Unidos da América a partir de 1787 e da Alemanha a partir de 1949 – em que a regra de reconhecimento especificamente inclua alguns princípios morais como princípios que governam aquela ordem jurídica. Segundo MacCormick, é a insistência de Hart de que não existe nenhuma conexão conceitual entre Direito e moralidade que faz com que este autor se considere um positivista. MacCormick entende que os positivistas negam que o Direito seja essencialmente moral e que afirmam que a pergunta pela existência do Direito sempre será conceitualmente distinta da pergunta sobre seu mérito ou demérito moral.¹⁰⁷ Falar em inexistência de conexão conceitual é diferente de afirmar a ausência de conexão necessária entre Direito e moralidade, pois é

¹⁰⁵ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 34-35.

¹⁰⁶ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 35-36.

¹⁰⁷ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 36.

possível que existam conexões necessárias que não sejam conceituais, como ocorre com a conexão esboçada por Hart.

A posição positivista de Hart opõe-se à dos jusnaturalistas por sustentar que a moralização do conceito de Direito pode tender para um conservadorismo extremado – segundo o qual tudo que é Direito deve ser moral, e, portanto, todo Direito é moralmente vinculativo – ou para um anarquismo extremado – segundo o qual, uma vez que todo Direito deve ser moral, governos que propõe como Direito algo moralmente injustificado devem ser desobedecidos ou até mesmo despostos. Hart defende que a atitude correta diante do Direito deve reconhecer que sua existência depende de fatos sociais complexos e sustentar que todas as leis sempre estão abertas à crítica moral. Isso porque entende não haver fundamento conceitual para supor que o Direito que é e o Direito que deveria ser coincidam.¹⁰⁸

Nesse sentido, Hart considera necessário que esteja sempre aberta ao teórico e à pessoa comum a possibilidade de adotar um posicionamento moralmente crítico em face do Direito que realmente existe, rejeitando a suposição de que a existência de qualquer lei possa por si só responder à questão sobre qual é a maneira moralmente correta de agir. Por esta razão, MacCormick considera que a descrição analítica dos sistemas jurídicos feita por Hart é poderosamente complementada por sua filosofia moral crítica.¹⁰⁹

Segundo MacCormick, a teoria de Hart se difere das de Austin e Bentham porque, apesar de também entender que para todo Direito existem fontes sociais (*social sources*), critica a noção de comando por eles sustentada, a qual implica uma ameaça de sanção. Hart se opõe à noção de hábito, que se relaciona com regularidades de comportamento externas, para capturar a atitude interna, que é essencial para a elucidação apropriada da noção de regra. Para Hart, a forma adequada de caracterizar as fontes sociais do Direito deve levar em conta que o Direito é intrinsecamente normativo, no sentido de que determina o que deve ser feito com relação a uma certa forma de ordem social, e não o realmente é feito. Além disso, para compreender o aspecto normativo das regras sociais, é necessário refletir sobre as atitudes humanas à ação humano.¹¹⁰

Para finalizar este panorama da teoria de Hart, importante perpassar a problemática da discricionariedade. Conforme sua teoria, as regras sociais, e por consequência as regras jurídicas, possuem uma indeterminação relativa. Em oposição ao ceticismo de regras dos realistas americanos, Hart afirma que o Direito é essencialmente composto por regras.

¹⁰⁸ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 36.

¹⁰⁹ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 36.

¹¹⁰ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 37.

Contudo, aceita que as regras não resolvem todos os casos. Sendo formuladas linguisticamente, as regras possuem uma textura aberta e são por vezes vagas. Dessa forma, nos casos problemáticos, o que as regras prescrevem ou proíbem pode não ser totalmente claro, e as regras serão não mais que um fator inconclusivo na criação e justificação da decisão. Existe, pois, um espaço para o exercício da discricionariedade pelos juízes e oficiais, em que fatores não jurídicos serão considerados.¹¹¹

2.3 O Positivismo diante do argumento da discricionariedade: Positivismo inclusivo e exclusivo

Segundo Shapiro,¹¹² há duas respostas principais apresentadas pelos seguidores de Hart à primeira crítica de Dworkin, segundo a qual o Positivismo Jurídico vê o Direito como um sistema de regras, sendo incapaz de explicar a existência de princípios. Um grupo aceita a caracterização de Dworkin acerca do Positivismo Jurídico, mas rejeita sua explicação sobre o porquê de os princípios serem parte do Direito, pois acreditam que as normas jurídicas nunca são válidas devido ao seu conteúdo moral. Outro grupo aceita a explicação de Dworkin a respeito da legalidade dos princípios, mas rejeita sua caracterização do Positivismo Jurídico, considerando que a validade dos princípios com base em seu conteúdo moral não implica a rejeição dos compromissos principais do Positivismo. Essas duas maneiras de responder ao argumento de Dworkin derivam de duas abordagens diferentes com relação à teoria positivista, as quais se cristalizaram a partir da década de 1980,¹¹³ consistindo no Positivismo exclusivo (*exclusive legal positivism*) e no Positivismo inclusivo (*inclusive legal positivism*).

2.3.1 Positivismo exclusivo

Segundo Dimoulis,¹¹⁴ Joseph Raz é o principal expoente do Positivismo exclusivo – também denominado de “antiincorporacionismo” (*nonincorporationism*) e de Positivismo radical ou inflexivo (*hard positivism*). No artigo “Legal Positivism and the Sources of

¹¹¹ MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 38.

¹¹² Shapiro, *HDD*, p. 18-19.

¹¹³ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 134.

¹¹⁴ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 134-136.

Law”,¹¹⁵ Raz defende uma tese sobre a identificação do Direito, a qual denomina tese social, afirmando que esta é melhor compreendida não como uma tese de primeira ordem, mas como uma constrição sobre qual tipo de teoria do Direito é aceitável, consistindo em uma tese sobre as propriedades gerais de qualquer teste aceitável para a existência e identificação de sistemas jurídicos:

A Tese Social Forte (*The (Strong) Social Thesis*)). Uma teoria do Direito é aceitável apenas se seus testes para identificar o conteúdo do Direito e determinar a sua existência dependerem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de serem descritos em termos valorativamente neutros, e aplicados sem recurso à argumentação moral.¹¹⁶

Ao longo do artigo referido, Raz¹¹⁷ busca comparar essa formulação com as teses da maioria dos positivistas, afirmando que estes na verdade defendem uma tese social fraca, uma vez que seus testes para identificação de sistemas jurídicos se fundamentam em questões de eficácia do sistema e do seu caráter institucional, deixando de lado o aspecto das fontes. Trata-se de uma crítica aos positivistas inclusivistas. Toma como exemplo um sistema jurídico que determine que disputas ainda não reguladas sejam determinadas com base na argumentação moral e que, por essa razão, considerações morais passem a fazer parte do Direito daquele sistema. Segundo Raz, essa análise é incompatível com a tese social forte. Raz entende que um sistema jurídico que preveja, em algumas ocasiões, o recurso à moralidade deva ser interpretado no sentido de a norma que se refere à moralidade seja considerada parte do sistema jurídico, mas sem por esse motivo incorporar a moralidade ao Direito.

Afirma que a diferença entre a tese social forte e fraca é de que a forte insiste que a existência e o conteúdo de todo o Direito é completamente determinado pelas fontes sociais, enquanto a tese social fraca não possui essa exigência. Além disso, Raz afirma que a tese social fraca, apesar de se calcar nas questões da eficácia e da institucionalidade para determinar a existência de um sistema jurídico, não seria suficiente para caracterizar o Positivismo Jurídico, por se tratar de uma tese compatível com a afirmação de que, em todos os sistemas jurídicos, a identificação de algumas leis recorre ao argumento moral. Por

¹¹⁵ Raz, Joseph. “Legal Positivism and the Sources of Law”. In. *The Authority of Law*. Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 37-52.

¹¹⁶ Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law”, p. 39-40. No texto original: “**The (Strong) Social Thesis.** A jurisprudential theory is acceptable only if its testes for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behavior capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.”

¹¹⁷ Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law”, p. 45-50.

considerar que esta afirmação é jusnaturalista, entende necessário que a tese fraca seja complementada pela tese forte.

Neste ponto, Raz passa a denominar sua teoria de tese das fontes (*sources thesis*), esclarecendo que uma norma possui uma fonte quando seu conteúdo e existência puder ser determinado sem o uso de argumentos morais. Fontes, aqui, também incluem as fontes interpretativas, sendo que uma norma assim entendida nunca será constituída por um único ato, mas por um conjunto de fatos de variados tipos. Defende que essa tese é capaz de explicar a distinção entre atos de aplicação e de criação do Direito, sendo que o Direito um caso é considerado assentado quando as fontes juridicamente vinculantes fornecem a solução, hipótese na qual se diz que os juízes estão aplicando o Direito. Por sua vez, quando decidem casos em que se entende que o Direito ainda não foi assentado, considera-se que os juízes estão desenvolvendo o Direito utilizando argumentos morais, sociais e outros tipos de argumentos não jurídicos. Nesses casos, a questão não possui uma resposta jurídica, sendo que as cortes passarão a explorar um novo terreno e suas decisões desenvolverão o Direito.

Importante observar que Gardner é um positivista exclusivista,¹¹⁸ sendo que sua tese central do Positivismo Jurídico, apresentada no início deste capítulo, guarda grande semelhança com a tese das fontes de Raz. Gardner, contudo, buscou formular a tese (LP*) de forma que fosse compatível tanto com a versão inclusiva e exclusiva do Positivismo, visando uma formulação que reunisse a todos em um ponto comum.

Shapiro¹¹⁹ entende que os exclusivistas consideram que testes de validade devem sempre distinguir o Direito do não Direito baseando-se exclusivamente em sua fonte social (*social source*) e devem ser exequíveis sem recurso ao raciocínio moral. Dimoulis,¹²⁰ por sua vez, esclarece que o Positivismo exclusivo adota uma teoria da validade do Direito de cunho formal, cujo elemento-chave consiste na concepção de autoridade, única fonte do Direito. As condições para o exercício da autoridade incluem que os destinatários obedeçam por confiarem ou estarem intimidados pela autoridade, não por mera coincidência, bem como que as ordens sejam obedecidas independentemente do juízo de valor feito pelo destinatário, uma vez que as razões oferecidas pela autoridade vencem as do destinatário.

Retomando as críticas de Dworkin apresentadas no primeiro capítulo, Shapiro¹²¹ afirma que, com relação à reivindicação de Dworkin de que muitos princípios não possuem

¹¹⁸ Gardner, *LLF*, p. 22.

¹¹⁹ Shapiro, *HDD*, p. 19.

¹²⁰ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 136.

¹²¹ Shapiro, *HDD*, p. 19-20.

pedigree, os exclusivistas argumentam que, apesar das aparências, eles também o possuem. Isso porque o uso desses princípios por parte das cortes ao longo do tempo como embasamento de suas decisões demonstra a existência de um “costume judicial” que constitui o *pedigree* social desses princípios. Em oposição a esse argumento, Shapiro destaca que os juízes frequentemente consideram-se obrigados ou compelidos a aplicar princípios inteiramente novos, como no caso *Henningsen*, que aplicou pela primeira vez o princípio de que fabricantes de automóveis estão sujeitos a um padrão mais alto de cuidado.

Em resposta a essa objeção, os positivistas exclusivistas, a exemplo de Raz, reconhecem que os juízes por vezes são juridicamente compelidos a aplicar princípios que não possuem um *pedigree* institucional, mas alegam que nesses casos os juízes estão diante de uma obrigação jurídica de aplicar padrões extrajurídicos. Para Raz, nem todos os padrões que o sistema jurídico requer sejam aplicados são parte do Direito daquele sistema, sendo que a obrigação judicial de olhar para a moralidade não é capaz de, por si só, incorporar a moral ao Direito. Dessa maneira, quando os padrões reconhecidos pelo *pedigree* não são suficientes, os juízes estão sob a obrigação jurídica de levar os princípios morais em consideração para resolver o caso que têm em mãos. Para esta corrente, o exercício da discricionariedade em sentido forte não implicaria a existência de princípios extrajurídicos que o juiz tem a liberdade de aplicar se quiser, estando ele constrangido a aplicar os princípios extrajurídicos moralmente melhores.¹²²

2.3.2 Positivismo inclusivo

O Positivismo inclusivo (*inclusive positivism*), também denominado Positivismo moderado (*soft positivism*) ou incorporacionismo (*incorporationism*), é adotado por autores contemporâneos como David Lyons, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow.¹²³ Existe divergência a respeito da inclusão de Hart no grupo inclusivista, haja vista a existência de passagens tanto na obra *The Concept of Law* quanto em seu pós-escrito que corroboram sua inclusão nas duas linhas teóricas.¹²⁴ Neste ponto, Gardner¹²⁵ parece considerar Hart como adepto de um Positivismo inclusivo.

¹²² Shapiro, *HDD*, p. 20-22.

¹²³ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 136-137.

¹²⁴ Gardner faz referência às seguintes passagens: *CL*, p. 204 (obra original) e p. 250 (pós-escrito).

¹²⁵ Gardner, *LLF*, p. 21-22.

Nessa linha, Hart¹²⁶ considera que Dworkin trata sua teoria da regra de reconhecimento como requerendo que o critério que ela fornece para a identificação do Direito deve consistir apenas em fatos históricos, sendo assim um exemplo de “positivismo meramente factual” (*plain-fact positivism*). Embora a maior parte dos exemplos usados por Hart em sua obra façam referência àquilo que Dworkin denominou *pedigree*, Hart reconhece a possibilidade de que alguns sistemas jurídicos, como o dos EUA, incluam em sua regra de reconhecimento princípios de justiça ou ainda valores morais substantivos, os quais farão parte das restrições constitucionais daquele sistema. Esta maneira de enxergar o Direito é compatível com um Positivismo inclusivo.

Segundo Dimoulis¹²⁷, esta corrente tem como fundamental a distinção entre o Direito visto como fato duro e o Direito analisado como uma convenção social. Embora não considerem que os valores morais sejam sempre decisivos para a aplicação do Direito, admitem a existência de sociedades em que a convenção social imponha que tais princípios sejam levados em consideração no momento da determinação da validade e da interpretação das normas jurídicas. Uma vez que acreditam na possível existência de sistemas jurídicos que adotam critérios de juridicidade de cunho moral, são por vezes chamados de incorporacionistas.

Nesse sentido, Coleman¹²⁸ entende que, para o Positivismo inclusivo, o caráter jurídico das normas pode depender algumas vezes de seus méritos (morais) substanciais e não somente do seu *pedigree* ou fonte social. Além disso, refere-se que os positivistas exclusivos argumentam que a linha inclusivista, ao tentar acomodar a visão de Dworkin a respeito da maneira em que o argumento moral figura no discurso jurídico, tornou-se uma teoria incompatível com a reivindicação do direito por autoridade. Gardner,¹²⁹ por sua vez, entende que o incorporacionismo não deve ser excluído da categoria de teoria positivista, pois o recurso à moralidade sempre se dará através de uma incorporação de aspectos morais às fontes do Direito daquele sistema jurídico por outra norma do sistema, como ocorre, por exemplo, na hipótese da regra de reconhecimento incluir valores morais.

¹²⁶ Hart, *CL*, p. 247.

¹²⁷ Dimoulis, *Positivismo Jurídico*, p. 137.

¹²⁸ Coleman, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In. Coleman, Jules (Org.) *Hart's Postscript*. Essays on the postscript to the *concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 100-101.

¹²⁹ Gardner, *LLF*, p. 21-22.

Segundo Shapiro,¹³⁰ os positivistas inclusivistas buscam rejeitar a crítica de Dworkin por meio da rejeição de sua caracterização do Positivismo, alegando que este não proíbe testes morais de validade. Afirma que essa vertente se baseia em uma versão mais tradicional do Positivismo Jurídico, que possuiria seu fundamento em duas teses. A primeira, chamada de tese da separabilidade, negaria a existência de qualquer conexão necessária entre juridicidade e moral, bem como reconheceria ser possível um sistema jurídico no qual a validade da norma não dependesse de nenhuma propriedade moral. A segunda seria a tese do fato social (*social fact thesis*), que sustentaria que a existência e o conteúdo do Direito seriam determinados em última análise por certos fatos sobre grupos sociais. Isto é, fatos jurídicos seriam fundamentados, em última análise, em fatos sociais, não em fatos morais.

Conforme Shapiro,¹³¹ para os inclusivistas, desde que os critérios de juridicidade sejam estabelecidos por uma regra cuja existência seja subscrita por um fato social, o Direito terá a fundamentação social apropriada. Nesse sentido, a regra de reconhecimento possuiria o *pedigree* requerido, já que se trata de uma regra social, por ser uma convenção entre os oficiais do sistema jurídico de reconhecer normas com algumas características como vinculantes. Vista dessa forma, a tese do fato social seria compatível com uma regra de reconhecimento que estabelecesse um critério moral de juridicidade.¹³²

Em contraposição ao argumento inclusivista, Shapiro apresenta a objeção de que uma regra social, fundando-se no acordo, não é compatível com a existência de uma controvérsia. Não seria possível reivindicar que a regra de reconhecimento requer que juízes resolvam os casos difíceis recorrendo a princípios morais, visto que há desacordo entre os juízes sobre quais princípios devem aplicar. Esse desacordo implicaria uma controvérsia acerca do conteúdo da própria regra de reconhecimento, que não poderia, por essa razão, ser considerada uma regra social.¹³³ Como se verá no próximo capítulo, essa objeção é equivocada, partindo de uma má compreensão da regra de reconhecimento, tanto por parte de Shapiro quanto de Dworkin.

Quanto à possibilidade de controvérsia para o Positivismo inclusivo, Jules Coleman distingue controvérsias sobre o conteúdo e sobre a aplicação da regra de reconhecimento. Sugere que, nos casos difíceis, existindo uma convenção aceita entre os juízes de que devem

¹³⁰ Shapiro, *HDD*, p. 22-23.

¹³¹ Shapiro, *HDD*, p. 23-24.

¹³² Neste ponto, é importante referir que uma regra social, como a regra de reconhecimento, depende necessariamente da existência de uma prática social. O termo convenção é aqui utilizado no sentido de prática social.

¹³³ Shapiro, *HDD*, p. 24-25.

olhar para os princípios de moralidade para resolver disputas jurídicas, existe controvérsia sobre qual é a correta aplicação da regra de reconhecimento quando os juízes discordam sobre qual princípio aplicar. O mesmo argumento é utilizado por Hart no pós-fácio de *The Concept of Law*, ao sustentar que juízes podem concordar na relevância de testes de conformidade do Direito com princípios ou valores morais substantivos mesmo que discordem sobre o que esse teste requer em casos particulares.¹³⁴

2.4 É o direito um sistema de regras?

Como referido no capítulo anterior, a primeira frente de ataque de Dworkin ao Positivismo Jurídico consistiu em afirmar que esta corrente de pensamento vê o Direito como um sistema de regras, não sendo capaz de explicar a existência de princípios. Além disso, negaria a possibilidade de respostas corretas em Direito, abrindo assim espaço para a discricionariedade judicial em sentido forte. Neste ponto, passa-se a analisar a plausibilidade desta crítica, avaliando-se se esta é capaz de refutar a teoria positivista de Hart.

Em *The Concept of Law*, Hart¹³⁵ argumenta que as regras (*rules*) possuem o objetivo de comunicar padrões gerais de conduta, referindo-se predominantemente a classes de pessoas as quais se dirigem e classes de atos, coisas e circunstâncias a que se referem, devendo-se o seu sucesso à capacidade da população em reconhecê-las e aplicá-las sem a necessidade de serem constantemente comandadas pelos oficiais do Estado. Os padrões gerais de conduta podem ser informados por meio da legislação e dos precedentes, os quais funcionam de maneiras distintas. À primeira vista, enquanto os precedentes podem parecer confusos, a comunicação por meio da legislação passa a ideia de ser clara, confiável e certa. No entanto, ambas podem gerar incerteza, pois há um limite, inerente à natureza da linguagem, às orientações que a linguagem geral pode fornecer.

Nesse sentido, Gardner¹³⁶ esclarece que a criação do Direito por meio dos precedentes (*case law*) possui a característica de não ser uma criação expressa, além de poder ou não ser intencional. Os precedentes são criados pelos juízes ao decidirem casos trazidos diante de si, tomando a forma de textos que podem ser orais ou escritos e que necessitam de

¹³⁴ Shapiro, *HDD*, p. 25-26.

¹³⁵ Hart, *CL*, p. 124-126.

¹³⁶ Gardner, *LLF*, p. 74-82.

interpretação. Diferentemente do Direito legislado, os precedentes não são criados por meio de sua articulação expressa, mas pelo seu uso como parte integrante de uma argumentação jurídica que funciona como fundamento para a decisão de um caso particular. Esta decisão consiste em uma norma jurídica aplicável apenas ao caso em que foi proferida. A criação judicial do Direito não reside na decisão em si, mas na regra utilizada como parte do silogismo jurídico que fundamentou a decisão.

É neste sentido que Hart afirma que os precedentes podem por vezes parecer confusos, já que o juiz nem sempre formulará expressamente a regra que utilizou como razão de decidir, deixando esta tarefa ao intérprete, que deverá deduzir qual regra, combinada com os fatos do caso em análise, é suficiente para gerar a decisão. Em sua obra, Hart¹³⁷ faz uma analogia com o caso do pai que, ao entrar na igreja e tirar seu chapéu, diz a seu filho: “Veja, esta é a maneira correta de se comportar nestas ocasiões”. Outro pai poderá formular a regra de forma expressa, dizendo: “Todos os homens e meninos devem tirar seu chapéu ao adentrar uma igreja”. O exemplo se tornaria mais semelhante ao uso judicial dos precedentes se o pai, ao invés de informar ao filho que sua conduta deve ser usada como referência, supor que o filho o considera uma autoridade com relação ao comportamento adequado.

Como forma de esclarecer como a incerteza ocorre, Hart¹³⁸ toma como exemplo uma regra que proíba a entrada de veículos no parque. Diante de uma combinação de circunstâncias em que a aplicabilidade dessa regra pareça indeterminada, resta à pessoa chamada a resolver a questão considerar se o caso em análise lembra o caso central (*plain case*) de forma suficiente nos aspectos relevantes. O caso central é aquele em que os termos gerais aparentam não carecer de interpretação e em que o reconhecimento das hipóteses de aplicação parece automático. A discricionariedade que a linguagem concede ao intérprete nesse caso pode ser bastante grande, tanto que se aplicar a regra, a conclusão, mesmo que não seja arbitrária ou irracional, será, com efeito, uma escolha. Diante da incerteza, o intérprete pode escolher adicionar um novo caso a uma sucessão de casos já existentes, em razão de semelhanças que possam ser razoavelmente argumentadas como juridicamente relevantes e suficientemente próximas ao caso central.

Hart¹³⁹ conclui que, qualquer que seja a maneira escolhida para comunicar os padrões de conduta (precedentes ou legislação), não importando o quão bem ela funcione na maioria dos casos, em algum momento de sua aplicação esta maneira se mostrará

¹³⁷ Hart, *CL*, p. 124-125.

¹³⁸ Hart, *CL*, p. 127.

¹³⁹ Hart, *CL*, p. 128.

indeterminada, possuindo o que se denomina de uma *textura aberta*. Isto se deve ao fato de que todas as línguas naturais, como o Inglês e o Português, possuem uma textura aberta, havendo sempre pontos de indeterminação quanto ao significado. Em seu pós-escrito, Hart reiterou este ponto:

A visão que defendo nesse livro é que regras jurídicas e princípios identificados em geral pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento muitas vezes possuem o que frequentemente denomino de “textura aberta”, de forma que, quando a questão é se uma dada regra se aplica a um caso particular, o direito falha em determinar uma resposta para qualquer um dos lados e assim se comprova parcialmente indeterminado.¹⁴⁰

Hart opõe-se ao exercício formalista de criação de regras, que busca disfarçar e minimizar a necessidade de realização de uma escolha por parte do aplicador, apontando que, ao criar uma regra, o legislador invariavelmente se depara com duas limitações, que repercutirão no ato de aplicação. A primeira é a relativa ignorância quanto aos fatos, sendo impossível que se preveja com exatidão todas as ocasiões em que uma regra deverá ser aplicada.¹⁴¹ Podemos citar o desenvolvimento tecnológico como um ótimo exemplo dessa limitação, tornando necessário que o Poder Judiciário decida casos não antevistos no momento da elaboração da regra, como, por exemplo, os casos em que se discute o direito à privacidade *online* ou mesmo a persecução de crimes praticados na rede mundial de computadores.

A segunda limitação decorre da primeira e consiste na relativa indeterminação acerca da finalidade (*relative indeterminacy of aim*). Não tendo previsto todas as possíveis aplicações da regra, seu criador teve em mente apenas os casos em que sua aplicabilidade seria clara. No exemplo da proibição de veículos no parque, provavelmente pensou no automóvel, no ônibus e na motocicleta, com a finalidade de manter a paz e o sossego no parque. Outros casos, como o do carrinho elétrico de brinquedo, não foram antecipados, restando indeterminada a finalidade da regra em relação a eles. Não se sabe, neste caso, se a finalidade da “paz no parque” deve ser sacrificada em favor de outra finalidade, a “diversão da criança”, ou se a primeira deve prevalecer em detrimento da segunda. Tais interesses devem ser confrontados e a questão decidida por meio de uma escolha que consiste em uma espécie de ponderação de finalidades. Dessa maneira, a finalidade inicial se torna mais determinada, restando mais

¹⁴⁰ Hart, *CL*, p. 252. No texto original: “My view advanced in this book is that legal rules and principles identified in general terms by the criteria provided by the rule of recognition often have what I call frequently ‘open texture’, so that when the question is whether a given rule applies to a particular case the law fails to determine an answer either way and so proves partially indeterminate.”

¹⁴¹ Hart, *CL*, p. 128-129.

especificado o significado de um termo geral (por exemplo, “veículos”) para os propósitos de uma regra específica.¹⁴²

Em que pesem as afirmações de Dworkin, expostas no primeiro capítulo, acerca da tese de Hart a respeito da textura aberta do Direito, não se extrai daí que o juiz possa decidir os casos como bem entender. Levada às últimas consequências, as críticas de Dworkin assemelham-se a afirmar que Hart adota a visão do ceticismo de regras (*rule-scepticism*), isto é, a reivindicação de que o sistema jurídico não seria centrado nas regras, consistindo o Direito simplesmente nas decisões das cortes e na previsão dessas decisões. No entanto, Hart sustenta que essa forma de enxergar o Direito é obviamente falsa, pois, sob o ponto de vista interno, o Direito não funciona como um mero conjunto de hábitos ou como um exercício de previsão de decisões, mas como um sistema formado por padrões jurídicos de conduta aceitos.¹⁴³

Hart¹⁴⁴ sustenta que, dada a textura aberta, nos casos em que ela se faz presente o Direito se mostra não apenas controverso, mas fundamentalmente incompleto, não fornecendo uma resposta à questão posta em análise. Nessas hipóteses, entende que as cortes devem exercer a função restrita de criação do Direito a que chama discricionariedade. A este respeito, rememora-se a distinção apresentada por Gardner entre os poderes legislativos de criação do Direito e os poderes judiciais de criação do Direito. A discricionariedade judicial a que Hart se refere não é em nada semelhante à discricionariedade em sentido forte apresentada por Dworkin, uma vez que o julgador possui o dever profissional de alcançar suas decisões por meio de uma argumentação jurídica, não podendo decidir puramente com base nos méritos do caso em análise.

Diante da inexistência de uma única resposta correta nos casos em que se está diante da textura aberta, é possível afirmar que, nestes casos, os indivíduos podem apenas prever como as cortes decidirão e ajustarem seu comportamento de acordo.¹⁴⁵ Ocorre que, da inexistência de uma regra que pareça apropriada ao caso ou da vagueza da regra aplicável, não se segue a afirmação de que em todas as situações se está diante da discricionariedade e que o julgador nunca está vinculado pelo Direito. Mesmo que, em uma dada sociedade, os juízes possam estar fingindo que decidem conforme o Direito, a maior parte das decisões são alcançadas por meio do esforço genuíno de se conformar às regras, que são conscientemente

¹⁴² Hart, *CL*, p. 128-129.

¹⁴³ Hart, *CL*, p. 136-137.

¹⁴⁴ Hart, *CL*, p. 252.

¹⁴⁵ Hart, *CL*, p. 138.

tomadas como guias para a decisão, ou ainda, em caso de decisões tomadas intuitivamente, justificadas por regras que o juiz estava previamente disposto a observar e cuja relevância com relação ao caso seja amplamente reconhecida.¹⁴⁶

Em defesa da tese de Hart, interessante trazer à baila sua analogia com o jogo de críquete, que busca rebater a afirmação de que “a lei (ou a constituição) é aquilo que os tribunais dizem que é”. Enquanto muitos jogos são jogados sem um marcador de pontos oficial, a instituição de um marcador cujas decisões são irrecorríveis é como a evolução de um sistema jurídico primitivo para um sistema complexo, composto por regras primárias e secundárias. No jogo realizado sem marcador, todos os jogadores aplicam a regra de marcação de pontos do ponto de vista interno com razoável uniformidade, havendo poucas situações em que há dúvida sobre a aplicação da regra. Até este momento, não há dúvidas de que a regra de marcação de pontos realmente existe.¹⁴⁷

Com a instituição do marcador oficial não é diferente. A afirmação de que “o placar é aquele que o marcador diz que é” será falsa se significar que não existe regra de marcação de pontos a não ser aquela que o marcador escolher aplicar por meio de seu poder discricionário. No entanto, será verdadeira se significar apenas que as decisões do marcador são irrecorríveis. Mesmo com a instituição de um marcador, os jogadores ainda podem aplicar a regra de marcação de pontos de maneira extraoficial, sem que esta atividade se transforme em mera previsão da decisão do marcador. Caso o marcador cometa um erro, o jogador, apesar de não possuir o poder de mudar o placar do jogo, poderá afirmar que aquele errou.¹⁴⁸

Até certo ponto, o fato de que algumas decisões do marcador estão claramente equivocadas não impede a continuidade do jogo. Por outro lado, se os erros são muito frequentes, ou se o marcador simplesmente escolhe repudiar a regra de marcação de pontos, chegará um momento em que ou os jogadores não mais aceitarão as decisões do marcador ou, se aceitarem, o jogo terá mudado. Não será mais críquete, mas um jogo ao arbítrio do marcador. Não obstante, afirmar que é possível que o marcador erre a contagem dos pontos, ou mesmo que este possa decidir em desacordo com as regras, não significa que é isto o que de fato ocorre. A analogia de Hart funciona para esclarecer que o simples fato de ser o tribunal o último a dar a palavra quanto ao sentido da norma não lhe autoriza a conferir

¹⁴⁶ Hart, *CL*, p. 140-141.

¹⁴⁷ Hart, *CL*, p. 141-142.

¹⁴⁸ Hart, *CL*, p. 142-143.

qualquer sentido, caso contrário não estaríamos mais jogando críquete (ou julgando conforme o Direito).¹⁴⁹

Ainda em defesa de Hart, aponta-se que John Gardner considera que tanto Hart quanto Dworkin estão de acordo que os juízes não podem senão decidir pelo menos alguns casos ao menos parcialmente com base em seus méritos. Isto é, nos casos difíceis, que não podem ser solucionados por meio do exercício de subsunção de normas jurídicas válidas, por encontrarem-se no âmbito dos casos excepcionais, o juiz analisará necessariamente os méritos da questão ao decidir o caso. Dworkin, contudo, teria se recusado a reconhecer que isso pudesse significar que os juízes fizessem algo diferente de aplicar normas jurídicas válidas, considerando que, se o fizessem, os juízes se transformariam em uma espécie de legisladores de meio período, violando a separação dos poderes e a irretroatividade da lei.¹⁵⁰

Isso se dá porque Dworkin considera o Positivismo como “um modelo de e para um sistema de regras”, cuja noção central de um teste fundamental de legalidade ocasiona que não se percebam os importantes papéis exercidos por outros padrões, como princípios, políticas e outros.¹⁵¹ Shapiro destaca que Dworkin é frequentemente criticado por ter atribuído uma visão altamente implausível a Hart, qual seja a de que o Direito consiste apenas de regras e nunca de princípios. Para autores como Raz, Leiter e Lyons, ao usar o termo “regras”, Hart não se referia apenas a parâmetros de tudo ou nada que não possuem a dimensão do peso, mas a parâmetros que são vinculantes em um sistema jurídico em particular e possuem a função de guiar e avaliar condutas.¹⁵²

Conquanto em seu pós-escrito Hart¹⁵³ reconheça o papel de Dworkin em ilustrar a importância dos princípios, defende que não possuía a intenção de utilizar o termo “regra” no sentido de uma reivindicação de que os sistemas jurídicos apenas compreendem regras de tudo-ou-nada. A este respeito, Gardner argumenta que o termo “regra” (*rule*) é utilizado na obra *The Concept of Law* no sentido ordinário de “norma geral” (*general norm*), abarcando a noção de princípio.¹⁵⁴ José Reinaldo de Lima Lopes,¹⁵⁵ por sua vez, entende que os princípios são apenas regras mais gerais, considerando que a distinção entre regras e princípios – que se

¹⁴⁹ Hart, *CL*, p. 144.

¹⁵⁰ Gardner, *LLF*, p. 37.

¹⁵¹ Dworkin, *TRS*, p. 22.

¹⁵² Shapiro, *HDD*, p. 15.

¹⁵³ Hart, *CL*, p. 263.

¹⁵⁴ Gardner, *LLF.*, p. 38.

¹⁵⁵ Lopes, José Reinaldo de Lima. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras.” In. *Revista Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003, p. 54.

baseia na ideia de que princípios são aplicados por ponderação e as regras por um critério de tudo-ou-nada –, é apenas metafórica.

Em contrapartida, Shapiro propõe que a leitura que Dworkin faz de Hart pode ser compreendida como um exercício de interpretação caridosa. Isto é, Dworkin teria considerado que, apesar de não expressar textualmente, Hart estaria defendendo em *The Concept of Law* uma doutrina da discricionariedade em sentido forte. Dworkin então propõe a leitura de que, uma vez que Hart acredita que os juízes não estão vinculados (*bound*) ao direito nos casos difíceis e levando em consideração que os juízes recorrem aos princípios para resolver esses casos, disso deve se seguir que Hart defenderia que os princípios não fazem parte do Direito. Assim, o objetivo de Dworkin em “The Model of Rules I” teria sido apenas o de explicar uma tese que Hart deixara implícita.¹⁵⁶

Apesar de considerar que a interpretação de Dworkin seja justa, Shapiro acredita que esta não consiste na melhor explicação para a teoria de Hart sobre a discricionariedade judicial, inclusive diante do fato de que o próprio Hart ofereceu uma explicação diferente, considerando que a discricionariedade judicial seja um subproduto necessário da inerente indeterminação dos guias sociais. Hart argumentou ser impossível transmitir aos outros parâmetros de conduta que resolvam todos os casos de antemão. Usar os precedentes como guias seria um exercício imperfeito, pois o padrão de similaridade entre o caso exemplar e o caso em análise não é previamente identificado. Tomar a legislação como guia, por sua vez, possui a desvantagem de que o uso de termos gerais não é capaz de eliminar todas as dúvidas, dada a textura aberta da linguagem, como referido anteriormente.¹⁵⁷

A doutrina da discricionariedade judicial não deriva de um modelo de regras, mas de uma visão do direito que privilegia atos sociais de orientação dotados de autoridade (*authoritative guidance*), constituindo-se as regras em padrões identificados e selecionados como vinculantes por um ato social, seja uma diretiva individual, uma aprovação legislativa, uma decisão judicial, uma decisão administrativa ou um costume social. Diante disso, a discricionariedade judicial é inevitável, por ser impossível que atos sociais elejam padrões que resolvam todas as questões concebíveis.¹⁵⁸

Shapiro assevera que o debate Hart-Dworkin não tem a ver com se o direito possui princípios além de regras, pois esta nunca foi uma questão em debate, uma vez que Hart jamais adotou uma concepção do direito como um modelo de regras, fosse explícita ou

¹⁵⁶ Shapiro, *HDD*, p. 16.

¹⁵⁷ Shapiro, *HDD*, p. 16.

¹⁵⁸ Shapiro, *HDD*, p. 16-17.

implicitamente. Além disso, o desacordo de ambos com relação à discricionariedade judicial é acessório, derivando-se de suas teorias diferentes acerca da natureza do Direito. Para Hart, os juízes possuem discricionariedade porque ele considera que o Direito consiste de padrões socialmente designados como dotados de autoridade. Dworkin defende o oposto com base em sua negação da centralidade da orientação social para determinar a existência e conteúdo das regras jurídicas. Seu argumento em “The Model of Rules I” defende que o Direito possui normas que são vinculantes mesmo que elas não tenham sido objeto de uma orientação social anterior (*past social guidance*), sendo vinculantes em virtude de seu conteúdo moral.¹⁵⁹

Gardner oferece um argumento que vem a corroborar a tese de Shapiro de que o debate Hart-Dworkin não deve ser centrado na discussão de se o Direito é um sistema de regras. Como visto no início deste capítulo, Gardner formula a tese central do Positivismo Jurídico da seguinte maneira: “em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela faz parte do direito daquele sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos (em que seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes).”¹⁶⁰ Percebe-se que a tese central para o Positivismo proposta por Gardner não se baseia na distinção entre regras e princípios, tão cara a Dworkin, mas tão-somente em se a norma, independentemente de se esta é uma regra ou um princípio, encontra sua validade em sua fonte ou no mérito (no sentido de relevância moral) de seu conteúdo. Com base nisso, Dworkin teria rejeitado a tese positivista ao concluir que a validade de algumas normas jurídicas (os princípios) depende de seus méritos (fundamento moral), antes que de suas fontes (critério de validade).

O equívoco de Dworkin residiria na suposição errônea de que toda a criação do Direito (*law-making*) é necessariamente uma criação legislativa do Direito (*legislative law-making*). Apesar de o próprio Hart ter afirmado que, na ausência da norma, o juiz possui a *discricionariedade* para decidir em qualquer sentido, esse termo é enganador. Isso porque o juiz sempre terá a obrigação de chegar à sua decisão por meio da argumentação jurídica (*legal reasoning*), aliando normas jurídicas já existentes com premissas morais ou outras premissas baseadas no mérito.¹⁶¹

O legislador, por outro lado, tem a faculdade de criar novas normas jurídicas por meio de fundamentos inteiramente não jurídicos, isto é, sem incluir nenhuma norma jurídica preexistente em sua argumentação, podendo avaliar uma questão puramente com base em

¹⁵⁹ Shapiro, *HDD*, p. 17-18.

¹⁶⁰ Gardner, *LFF*, p. 21.

¹⁶¹ Gardner, *LFF*, p. 39.

seus méritos. O mais importante, para Gardner, não é a separação do poder de criar e de aplicar o Direito, mas a separação do poder legislativo de criação do Direito – o poder de criar leis sem precedentes jurídicos – do poder judicial de criação do Direito – o poder de desenvolver o Direito gradualmente por meio da utilização dos recursos jurídicos existentes.¹⁶²

2.5 O Positivismo diante dos argumentos do agulhão semântico e da *plain fact view*

Até este ponto, foram apresentados argumentos em contraposição à primeira frente de ataque de Dworkin ao Positivismo Jurídico de Hart, sustentando-se que o posicionamento defendido no artigo “The Model of Rules I” não é capaz de refutar o Positivismo, como pretendia Dworkin. A partir dessa seção, passaremos a tomar em conta os argumentos apresentados pelos autores positivistas com relação à segunda fase da argumentação dworkiana, em que Dworkin defendeu que o Positivismo, por se tratar de uma teoria semântica sobre o significado da palavra “direito”, seria incapaz de explicar a possibilidade de desacordos teóricos genuínos. A partir de tais respostas positivistas, o capítulo derradeiro desta dissertação defenderá uma leitura da teoria positivista de Hart que se julga mais condizente com a obra do jusfilósofo britânico do que a defendida por Dworkin. Isso porque entendemos que, ao contrário do que o filósofo do ouriço costuma defender, não logrou ler Hart sob sua melhor luz.

2.5.1 O agulhão semântico

O argumento do agulhão semântico foi apresentado no primeiro capítulo como acessório ao argumento da *plain fact view*. Conquanto ambos sejam utilizados em conjunto na tentativa de refutar o Positivismo Jurídico, o agulhão semântico funciona como uma possível justificativa para os positivistas adotarem uma visão do Direito como simples questão de fato. Por estarem presos a uma semântica criterial, enxergariam os desacordos como meros desacordos empíricos acerca do significado da palavra “direito”. Mais adiante, em *Justice in Robes*, Dworkin reformula o argumento para apresentá-lo como a suposição de que todos os

¹⁶² Gardner, *LFF*, p. 41.

conceitos dependem de uma prática linguística convergente. Como veremos na parte final desta dissertação, não obstante o Direito consista em uma prática, tal prática não é linguística, mas uma prática social.

Em seu pós-escrito, Hart aborda a primeira formulação do argumento do aguilhão semântico, apresentada em *Law's Empire*, rejeitando expressamente que qualquer coisa que tenha escrito dê suporte a uma leitura de sua teoria como uma teoria semântica vítima do aguilhão. Entende que, mesmo que sua doutrina – de que os sistemas jurídicos contêm uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que as cortes devem aplicar – possa estar equivocada, em ponto algum ela foi baseada na ideia errônea de que a necessária existência de uma regra de reconhecimento faz parte do significado da palavra “direito”. Ademais, tampouco é fundada na ideia ainda mais equivocada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do Direito não fossem fixados de maneira incontroversa, a palavra “direito” significaria coisas diferentes para pessoas diferentes.¹⁶³

Outrossim, Hart¹⁶⁴ considera que a caracterização de sua teoria como semântica se baseia em uma confusão. Dworkin veda que os positivistas classifiquem suas teorias do Direito como análises descritivas das características distintivas gerais do Direito como um fenômeno social complexo. Isso por considerar que tais características distintivas consistem em os operadores do Direito debaterem a verdade das proposições sobre o Direito e as explicarem por meio da referência ao significado dessas proposições, ocasionando que tal teoria descritiva seja necessariamente semântica.

Todavia, Hart assevera que este argumento confunde o significado da palavra “direito” com o significado das proposições sobre o Direito, sendo que uma teoria semântica, para Dworkin, seria uma teoria em que o próprio significado da palavra “direito” faria com que o Direito dependesse de certos critérios específicos. Contudo, as proposições sobre o Direito são tipicamente afirmações não sobre o que é a palavra “direito”, mas sobre o que o Direito é, isto é, o que o Direito de um sistema permite, requer ou confere poder para as pessoas fazerem. Hart conclui que o critério fornecido pela regra de reconhecimento do sistema jurídico e a necessidade dessa regra não derivam do significado da palavra “direito”, bem como que não existe qualquer traço desse tipo de tese em sua obra.

No artigo “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, Raz posiciona-se ao lado de Hart para afirmar que os filósofos do Direito não se veem como explicando o significado da palavra “direito”. Para Raz, Dworkin parece disposto a

¹⁶³ Hart, *CL*, p 246.

¹⁶⁴ Hart, *CL*, p 246-247.

considerar sua própria teoria como uma abordagem semântica da palavra “direito”: é, pois, uma explicação interpretativa do significado da palavra. Raz revisa o argumento do aguilhão semântico e o reformula para consistir na reivindicação de que certas palavras, incluindo “direito”, não podem ser explicadas pela semântica criterial – isto é, por regras compartilhadas que estabelecem os critérios que fornecem o significado da palavra –, pois explicações criteriosais não se aplicam a conceitos cuja disputa se dá nos casos centrais.¹⁶⁵

Nesse sentido, Gardner opõe-se ao argumento de Dworkin a respeito dos conceitos interpretativos, que coloca o conceito de Direito como pertencente a uma classe especial de conceitos a respeito dos quais é verdade que o critério para o uso correto dos conceitos responde ao ponto ou objetivo da coisa de que ele é um conceito. Isto é, o conceito de Direito responderia ao objetivo do Direito. A objeção de Gardner, também compartilhada por Raz, consiste em afirmar que é necessário pelo menos algum outro conceito relativamente independente para identificar o objeto em questão, de tal forma que seja possível discutir o seu ponto ou objetivo. Aponta que o estudo da natureza do Direito, assim como o estudo da natureza de qualquer coisa, é como a reconstrução de um navio no meio do oceano. Para um aspecto da natureza do Direito ser elucidado, outros devem permanecer no lugar para orientar a investigação. Não é possível, como propõe Dworkin, desmantelar todo o navio no meio do mar.¹⁶⁶

2.5.2 Os desacordos teóricos: a solução de Shapiro

Shapiro delineia mais uma saída para os positivistas, qual seja demonstrar que os desacordos teóricos são compatíveis com uma visão positivista, mostrando como uma metodologia interpretativa adequada pode ser ancorada em fatos sociais.¹⁶⁷ Para tanto, considera que o primeiro passo é reconhecer que a visão do Direito como simples questão de fato – ou outra explicação que privilegie convenções interpretativas como a única fonte de metodologia adequada – deve ser rejeitada, reconhecendo que essa metodologia interpretativa possa ser fixada por outros meios que não um acordo social específico. Além disso, deve-se

¹⁶⁵ Raz, Joseph. “Two views of the nature of the theory of law”. In. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. London: Oxford University Press, 2009, p. 59-60.

¹⁶⁶ GARDNER, *Law as a leap of faith*, op. cit., p. 166-7.

¹⁶⁷ Shapiro, *HDD*, p. 42-52.

concordar com Dworkin que determinar a metodologia interpretativa adequada envolve atribuir um propósito à prática jurídica, bem como que esta metodologia será a que melhor se harmonizar com os objetivos do sistema jurídico em análise.

Não obstante, tratar a metodologia interpretativa como atribuindo um propósito a uma prática não pode implicar considerá-la um exercício de filosofia moral e política, como o faz Dworkin, devendo o positivista procurar por fatos sociais. Dessa maneira, um sistema jurídico possuir um conjunto de objetivos e valores como seu propósito deve ser um fato determinável por meio do raciocínio empírico, e não moral. Reivindicando que a metodologia interpretativa é uma função de objetivos empiricamente deriváveis, os positivistas fundamentariam o Direito em fatos sociais, de uma maneira que não depende de acordos específicos, justificando assim a possibilidade de desacordos teóricos, que seriam disputas sobre quais propósitos são de fato os objetivos de um sistema jurídico e sobre qual é a metodologia interpretativa que melhor se harmoniza com esses objetivos.

Neste ponto, Shapiro passa a esboçar uma teoria positivista da interpretação jurídica.¹⁶⁸ Entende que a tarefa de um intérprete jurídico é incutir na prática jurídica os objetivos políticos que os *designers* atuais do sistema buscam atingir. Os propósitos juridicamente relevantes seriam aqueles que explicam, e não aqueles que justificam, a prática atual. A melhor metodologia, por sua vez, seria aquela que melhor se harmoniza com os objetivos ideológicos de quem desenhou o sistema atual, independentemente de se essa ideologia é ou não moralmente palatável. A metodologia é fundamentada em fatos sociais porque os propósitos específicos do sistema são uma questão de fatos sociais. Para revelar os objetivos políticos de um sistema, o intérprete deve analisar sua estrutura institucional e determinar quais metas e valores melhor explicam a forma atual do sistema. Nessa linha, a deferência à ideologia dos *designers* tem a função de possibilitar que eles cumpram a sua função, que é de resolver os questionamentos acerca de quais objetivos específicos o grupo social deve perseguir.

Partindo da ideia de que a função fundamental de todo sistema jurídico é alcançar certos objetivos políticos e morais bastante gerais, como a manutenção da ordem, a promoção da justiça distributiva e a proteção de direitos, a função do *designer* é resolver como o sistema irá atingir esses objetivos por meio do desenho das instituições, distribuindo direitos e responsabilidades de forma a atingir as metas e realizar os valores que deseja promover. Se os *designers* são confiáveis, algo que o Direito sempre pressupõe, a deferência ao seu julgamento

¹⁶⁸ Shapiro, *HDD*, p. 44-47.

será uma estratégia efetiva para alcançar os fins do sistema. No entanto, se não o forem, os membros da comunidade não estarão moralmente obrigados a seguir suas orientações.

Para Shapiro¹⁶⁹, a vantagem de seguir as resoluções dos *designers* é evitar que questões acerca do propósito do sistema sejam constantemente reabertas pelos membros da comunidade jurídica, opondo-se à abordagem de Dworkin, que esvazia o propósito da autoridade jurídica ao permitir a constante reabertura do debate. Da mesma forma que Shapiro considera necessária a deferência a soluções de autoridade sobre *quais* objetivos devem ser perseguidos, considera o mesmo acerca de *como* especificamente eles devem ser perseguidos. Argumenta que as autoridades manifestam vontade não só quanto aos fins, mas também quanto aos meios, devendo determinar a alocação de direitos (*rights*) e responsabilidades. Devem ainda ser respeitadas decisões a respeito dos papéis e da confiança, percebendo o intérprete como os *designers* do sistema fizeram a divisão do trabalho e quais papéis atribuíram a cada participante, bem como quais reivindicações de confiança e desconfiança estão por detrás de tal divisão. Por exemplo, grandes atribuições de poder a alguns participantes, com poucos deveres, denotam alto grau de confiança, enquanto uma distribuição de poder muito difusa, com poucas oportunidades para discricionariedade, sugere baixo grau de confiança.

Dito isto, cabe ao intérprete perceber quais metodologias interpretativas melhor se coadunam com os objetivos à luz das atitudes de confiança percebidas. Isto é, um sistema com baixo grau de confiança por parte do *designer* seria mais compatível com procedimentos hermenêuticos fáceis de aplicar e pouco propensos ao abuso do que uma metodologia que dependa da competência ou do caráter moral do aplicador. Shapiro objetiva criar uma proposta compatível com a possibilidade de desacordos teóricos quanto à metodologia interpretativa adequada, pois esta não é determinada por uma convenção específica, sendo que uma discordância em qualquer das etapas mencionadas poderia gerar o desacordo. Além disso, essa tese não deixaria de ser positivista, pois seria capaz de recomendar uma metodologia interpretativa até mesmo para sistemas baseados em conjuntos de crenças e valores moralmente questionáveis, que promovam a inequidade racial ou a intolerância religiosa.

De fato, Shapiro entende que essa tese é positivista no sentido mais importante: enraíza a metodologia interpretativa em fatos sociais.¹⁷⁰ Isto porque é um fato a respeito do comportamento e atitudes dos grupos sociais que um sistema jurídico possua uma

¹⁶⁹ Shapiro, *HDD*, p. 47-51.

¹⁷⁰ Shapiro, *HDD*, p. 51-52.

determinada ideologia. Uma abordagem diferente, que fundasse os propósitos, a divisão de papéis e os julgamentos de confiabilidade dos sistemas jurídicos não em fatos sociais, mas em justificações morais, tornaria tal sistema incoerente, rompendo a lógica de divisão do trabalho entre aqueles com autoridade para decidir as questões e aqueles com o dever de implementar as soluções. É, portanto, possível que os positivistas mantenham o argumento de que os fundamentos do Direito são determinados por fatos sociais e, mesmo assim, sejam capazes de explicar a possibilidade de desacordos teóricos a respeito desses fundamentos.

A tese proposta por Shapiro também seria capaz de explicar a abundância dos desacordos teóricos, pois é bem provável que os participantes da prática jurídica venham a discordar sobre quais são os objetivos básicos do sistema, a competência e o caráter dos participantes e a adequada divisão dos papéis e sobre quais metodologias esses entendimentos compartilhados suportam. Na ausência desses entendimentos compartilhados, os desacordos teóricos não podem ser resolvidos. No entanto, mesmo que um entendimento compartilhado ténue não seja capaz de determinar uma metodologia única, é capaz de descartar algumas. Embora possa não existir uma resposta correta, é possível identificar algumas das respostas erradas. Ademais, uma vez que Shapiro busca oferecer uma teoria geral descritiva do Direito, tal teoria deve ser capaz de explicar a possibilidade de desacordos teóricos, mas não precisa necessariamente resolvê-los. Entende, pois, que a pergunta a respeito da existência de uma solução única é uma questão inteiramente diferente e contingente.

Todavia, entendemos que a solução proposta por Shapiro não logra êxito em afastar a crítica de Dworkin acerca da possibilidade de desacordos teóricos genuínos no âmbito da teoria positivista, uma vez que Shapiro parece ter aceito a ideia expressa por Dworkin de que o Positivismo vê o Direito como simples questão de fato. Ora, a solução em análise aceita desde logo a afirmação de Dworkin de que o Direito não pode ser fruto de uma “convenção”, tentando contornar o problema por meio de uma teoria positivista calcada em fatos sociais que não dependa de um acordo específico. No próximo capítulo, formular-se-á uma nova defesa para a teoria positivista em face das críticas de Dworkin, a qual visa rebatê-la em sua totalidade.

3 REINTERPRETANDO A TEORIA DE HART: O PAPEL DE UMA TEORIA DESCRITIVA NO SÉCULO XXI

Neste terceiro e último capítulo, dar-se-á seguimento à apresentação dos contra-argumentos às críticas de Ronald Dworkin ao Positivismo Jurídico, buscando-se formular uma resposta à segunda frente de ataque, exposta no primeiro capítulo dessa dissertação. Tal argumento consiste na alegação de que o Positivismo seria incapaz de explicar a existência de desacordos teóricos genuínos em Direito, por ser uma teoria calcada na ideia de que o fundamento de validade dos sistemas jurídicos remonta a uma regra social, tratando o Direito como uma simples questão de fato.

Sob a ótica de Dworkin, essa regra social, que Hart denominou de regra de reconhecimento, não pode ser objeto de divergência por parte dos oficiais do sistema responsáveis pela identificação e aplicação das regras jurídicas. A única forma de divergência possível seriam desacordos empíricos sobre o que de fato dizem as leis e as decisões judiciais anteriores, os quais poderiam ser resolvidos consultando os registros institucionais das decisões. No entanto, sustenta Dworkin, a prática jurídica está repleta de exemplos em que o desacordo entre os juízes não era empírico, mas teórico, consistindo em desacordos acerca de quais são os fundamentos do Direito daquele sistema. Trata-se, pois, de divergências sobre o conteúdo da regra de reconhecimento, algo que o Positivismo não seria capaz de explicar, devendo, portanto, ser rejeitado.

Tal leitura acerca do Positivismo Jurídico não poderia estar mais equivocada. Na *primeira seção* deste capítulo, demonstrar-se-á, com base em Luís Duarte d'Almeida e Kevin Toh, que a interpretação realizada por Dworkin, a qual foi aceita por alguns Positivistas, a exemplo de Scott Shapiro e Brian Leiter, funda-se em uma incompreensão da distinção entre ponto de vista externo e ponto de vista interno. Na *segunda seção*, a partir das críticas de Thomas Bustamante e Jeremy Waldron às teorias descritivas do Direito, argumentar-se-á que as teorias descritivas não são teorias livres de valores, apresentando-se a proposta de Julie Dickson para que estas sejam renomeadas como teorias indiretamente avaliativas, de forma a evitar futuras confusões a este respeito.

Superadas essas questões, a *terceira seção* passará a se debruçar sobre as questões da normatividade e da autoridade do Direito, ponderando que Neil MacCormick apresenta uma interpretação mais adequada da teoria de Hart, tomando a noção de prática social como um fato institucional. Nessa senda, discute-se, ao lado de Shapiro e Gardner, a necessidade de

uma norma convencional para o Direito, expressa pela regra de reconhecimento, a qual defende-se aqui ter sido mal compreendida por Dworkin. Isso porque não é necessário um acordo perfeito entre os participantes da prática social para que possa ser formulada uma regra de reconhecimento com base na qual é possível identificar os critérios de validade utilizados pelos participantes para identificação das regras jurídicas que compõe o sistema.

Conquanto a teoria de Dworkin consista em uma teoria da decisão judicial, defendendo que a decisão jurídica deve basear-se em um processo interpretativo, o projeto de uma teoria geral do Direito é mais amplo. Ao lado de MacCormick, aderimos à empreitada de reconstituir a ideia de uma teoria geral para o Direito, a qual tem origem no projeto de uma sociologia descritiva, em conformidade com o apresentado por Hart em *The Concept of Law*.

3.1 Como não cair na *plain fact view*: compreendendo os pontos de vista externo e interno

Como visto no primeiro capítulo dessa dissertação, Dworkin interpretou a teoria de Hart como fundamentada em uma visão do Direito como simples questão de fato, isto é, em uma tese dos fatos sociais que vincula os juízos jurídicos de primeira ordem a fatos sociológicos empiricamente verificáveis. Não obstante, entende-se que tal leitura da obra de Hart é equivocada, arrazoando-se que a melhor maneira de interpretá-lo é considerar que os juízos jurídicos de primeira ordem não são fundamentados em fatos sociais. Nesse sentido é o argumento de Kevin Toh no artigo “Jurisprudential Theories and First-Order Legal Judgments”,¹⁷¹ no qual aborda a natureza da relação entre as teorias sobre o Direito (*jurisprudential theories*) e os juízos jurídicos de primeira ordem.

Segundo Toh, a concepção dominante entende que essas teorias são teorias de segunda ordem sobre a natureza do Direito que especificam os fundamentos últimos dos juízos de primeira ordem. Tal posicionamento seria seguido pelas teorias do Direito tradicionais, como as formuladas por Hobbes, Bentham, Austin e Hart, sendo teorias metajurídicas, visto que tomam em conta um conjunto integrado de posições em questões de segunda ordem – a saber, questões metafísicas, epistemológicas, semânticas, psicológicas e

¹⁷¹ Toh, Kevin. Jurisprudential Theories and First-Order Legal Judgments. *Philosophy Compass*, [S.l.], v. 8, n. 5, p. 457-471, 2013. Citado, a seguir, como *JT*.

sociológicas. Para esta corrente, o raciocínio jurídico de primeira ordem é subscrito por uma teoria metajurídica sobre seus fundamentos últimos.

Uma concepção alternativa, defendida por Dworkin, sustenta que as teorias sobre o Direito, apesar de serem teorias sobre os fundamentos últimos dos juízos de primeira ordem, não são teorias metajurídicas de segunda ordem (também denominadas Arquimedianas), mas teorias de primeira ordem muito abstratas disfarçadas de teorias metajurídicas. No entanto, Toh formula uma terceira possibilidade, defendendo que as visões jurídicas de primeira ordem e a teoria sobre o Direito adotadas por um indivíduo formam um conjunto de visões mutuamente disciplinadas e suportadas que é aceito na busca de um ideal epistêmico de um amplo equilíbrio reflexivo.

Toh¹⁷² fundamenta seu argumento na vastidão de teorias metaéticas contemporâneas existentes, que indicam a possibilidade de se formularem novas possibilidades de posicionamento no campo jurídico, indo além das duas posições acima referidas. Como exemplo de teoria metaética que estabelece uma relação mais flexível com as teorias éticas de primeira ordem, Toh faz referência a G. E. Moore. Para este filósofo, a bondade seria uma propriedade não natural simples e não definível, cujo acesso epistêmico seria propiciado por uma espécie de intuição *a priori* sintética. Com isso, Moore buscaria evitar que a bondade fosse definida como uma propriedade naturalista ou metafísica. Essa conclusão metaética impõe uma certa restrição ao tipo de conclusão que a teoria ética de primeira ordem elaborada por Moore poderia alcançar. Segundo Toh, Moore termina por argumentar que a afeição pessoal e os prazeres estéticos são os bens mais elevados. Apesar de sua conclusão metaética ter imposto alguma restrição, fornecendo um guia para o seu raciocínio de primeira ordem, deixou ainda bastante flexibilidade para a formulação de um juízo de primeira ordem, sem implicar completamente uma conclusão única.

Toh refere-se ainda ao expressivismo metaético, segundo o qual, ao fazerem enunciações de primeira ordem, as pessoas estariam expressando estados psicológicos. Essa teoria metaética, assim como a proposta por Moore, não implica uma conclusão de primeira ordem. Uma vez que se limita a estabelecer que as enunciações de primeira ordem expressam estados psicológicos, não cria qualquer óbice às investigações éticas de primeira ordem. Os dois exemplos formulam uma relação frouxa entre as metateorias e o raciocínio de primeira ordem, indicando que no campo jurídico também seja possível a formulação de outras possibilidades, além das elencadas no início dessa seção.

¹⁷² Toh, *JT*, p. 458-459.

Consoante visto na última seção do primeiro capítulo dessa dissertação, Shapiro entende que a questão fundamental do debate Hart-Dworkin consiste no seguinte: “É o Direito fundamentado, em última análise, apenas em fatos sociais, ou os fatos morais também determinam a existência e o conteúdo do Direito?”.¹⁷³ Nesse sentido, Shapiro caracteriza as teorias positivistas como aquelas segundo as quais os fundamentos últimos dos juízos jurídicos de primeira ordem são fatos sociais, isto é, o que as pessoas pensam, intenciam, reivindicam, dizem ou fazem. Ocorre que, na visão de Toh¹⁷⁴, Shapiro está negligenciando uma forma diferente de olhar para a relação entre as teorias metajurídicas e os juízos de primeira ordem, propondo seja feita uma leitura diversa da teoria metajurídica de Hart em *The Concept of Law*.

Nesse diapasão, Toh esclarece que a teoria metajurídica de Hart é motivada, nos capítulos 2 a 4, por algumas características salientes não explicadas pela teoria do comando de Bentham e Austin. Tais características incluem os fatos de que algumas leis conferem poderes ao invés de imporem obrigações, de que algumas regras costumeiras são leis mesmo antes de serem reconhecidas como tal e de que algumas comunidades governadas por leis não possuem legisladores com poderes ilimitados.

Já nos capítulos 5 e 6, Hart argumenta que os fatos referidos podem ser satisfatoriamente explicados concebendo-se o fato de que uma comunidade é governada por leis como consistindo em fatos psicológicos e comportamentais específicos – melhor dizendo, na aceitação pelos membros da comunidade de um conjunto de normas que fazem parte de um sistema hierarquicamente organizado e na resultante regulação da conduta e do raciocínio prático desses membros pelas normas do sistema. Diante disso, um sistema jurídico existirá em uma comunidade se os oficiais desse sistema aceitarem as regras secundárias e o restante da comunidade ao menos seguir as regras válidas de acordo com a regra de reconhecimento que prevalecer nessa comunidade.¹⁷⁵

Conforme Toh, na obra de Hart, uma pessoa aceita uma norma, ou toma o ponto de vista interno com relação à norma, quando ela acredita existirem razões para segui-la, sendo que o estado psicológico de aceitação da norma é constituído pela disposição da pessoa em regular a sua própria conduta em conformidade com a norma, em justificar a sua conduta e a

¹⁷³ Shapiro, *HDD*, p. 54. No texto original: “Is the law ultimately grounded in social facts, or moral facts also determine the existence and content of the law?”

¹⁷⁴ Toh, *JT*, p. 460.

¹⁷⁵ Toh, *JT*, p. 460.

de outros apelando à norma, bem como em criticar o seu desvio e o de outros por apelos à norma.

Não obstante, Shapiro¹⁷⁶ reconstrói a teoria metajurídica de Hart como uma teoria sobre os fundamentos últimos dos juízos de primeira ordem, afirmando que o raciocínio jurídico deve sempre poder ser rastreado até uma regra de reconhecimento social, bem como que as questões que surgirem devem ser resolvidas pela referência a fatos sociológicos da prática oficial. Segundo Toh, Shapiro não é o único a interpretar a teoria de Hart dessa maneira, estando ao lado de Brian Leiter – que entende que o conteúdo da regra de reconhecimento é fixado por um fato empírico complexo, sendo que as disputas sobre os critérios de validade seriam empíricas – e da maioria dos intérpretes, como Bulygin, Raz, Postema, Coleman e Green.¹⁷⁷

Toh argui não ser óbvio que esta interpretação, tão difundida, seja a melhor maneira de conceber as implicações de primeira ordem da teoria metajurídica de Hart. Para sustentar sua suposição, Toh afirma não haver dúvidas de que a teoria de Hart implica o seguinte: “(L1) Uma comunidade ser governada por (um sistema de) leis consiste apenas em certos fatos sociais existentes naquela comunidade”.¹⁷⁸ Todavia, Shapiro e os demais autores referidos teriam inferido adicionalmente o seguinte: “(L3) Qualquer juízo jurídico de primeira ordem é correto em última análise apenas em virtude de certos fatos sociais existentes na comunidade relevante”.¹⁷⁹

Tais proposições são, segundo Toh, bastante distintas. Defende que, enquanto a proposição (L1) se segue diretamente da teoria metajurídica de Hart, é bem menos óbvio que o mesmo ocorra com (L3). Isso porque Hart não teria oferecido argumentos que endossassem a conclusão expressa por (L3), conquanto existam algumas passagens em *The Concept of Law* que poderiam sugerir (mas sem justificar) essa conclusão. Toh faz referência a uma passagem da obra de Hart também citada por Shapiro em *Legality*.¹⁸⁰ Vejamos:

Neste aspecto, no entanto, assim como em outros, a regra de reconhecimento é diferente de outras regras do sistema. A asserção de que ela existe só pode ser uma proposição externa de fato. Pois, enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, “existir” mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente

¹⁷⁶ Shapiro, *Legality*, p. 102.

¹⁷⁷ Toh, *JT*, p. 461.

¹⁷⁸ Toh, *JT*, p. 461. No texto original: “(L1) A community’s being governed by (a system of) laws consists only of certain social facts existing in that community.”

¹⁷⁹ Toh, *JT*, p. 461. No texto original: “(L3) Any first-order legal judgment is correct ultimately in virtue only of certain social facts existing in the relevant community.”

¹⁸⁰ Shapiro, *Legality*, p. 413, n. 29.

concordante, das cortes, dos oficiais e dos particulares em identificar o Direito por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato.¹⁸¹

Essa passagem, esclarece Toh¹⁸², supostamente daria suporte à tese dos fatos sociais a respeito das proposições jurídicas internas, por vezes denominada visão do Direito como simples questão de fato, conforme terminologia adotada por Dworkin. Essa e outras passagens¹⁸³ dariam a impressão de que Hart estaria alegando que os operadores do Direito poderiam dar conta de qualquer desafio às suas proposições jurídicas internas simplesmente apontando evidências factuais a respeito da prática dos membros da comunidade. Ao sugerir que “a asserção de que [a regra de reconhecimento] existe só pode ser uma proposição externa de fato”, Hart parece ter defendido que não poderiam existir proposições de reconhecimento internas, bem como que qualquer defesa de proposições de reconhecimento apelaria necessariamente a um conjunto de fatos sociais.

Tal conclusão, apesar de possível, não parece ser, na interpretação de Toh, a que mais se coaduna com a totalidade da teoria de Hart, dado que este não apresentou argumentos para fundamentar a visão de que proposições de reconhecimento não poderiam ser internas. Ao distinguir entre o ponto de vista interno e externo, Hart teria deixado passar despercebida a possibilidade de proposições normativas internas acerca do conteúdo de normas não sistematizadas, como é o caso da regra de reconhecimento. Neste ponto, Toh propõe que Hart seja lido como permitindo a possibilidade de proposições internas de reconhecimento, isto é, de proposições normativas acerca do conteúdo da regra de reconhecimento que carreguem o propósito de fornecer razões para agir.

Compreendendo-se Hart dessa maneira, pode-se concluir que ele sugeriu que fatos sociais somente ensejam analisar e responder questões sociológicas atinentes à prevalência de uma regra de reconhecimento específica, ou seja, se ela prevalece ou não em determinada sociedade. Já questões normativas ou desafios sobre se é satisfatório seguir a regra de reconhecimento devem ser respondidas por apelos a normas não jurídicas e princípios de

¹⁸¹ Hart, *CL*, p. 110. No texto original: “In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense 'exist' even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.”

¹⁸² Toh, Kevin. An Argument Against the Social Fact Thesis (and Some Additional Preliminary Steps Towards a New Conception of Legal Positivism). *Law and Philosophy*, [S.l.], v. 27, p. 445-504, 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27652662>> Acesso em: 22 out. 2015, p. 482-486. Citado, a seguir, como *An Argument...*

¹⁸³ Toh também cita dois extratos das notas finais de *CL*, nas quais Hart comenta a teoria de Kelsen. Ver *CL*, p. 292-293.

moralidade e prudência. Por sua vez, questões e desafios jurídicos, em que o que se demanda são fundamentos de maior hierarquia jurídica, não podem ser levantados com relação à regra de reconhecimento, visto que todas as questões de validade são respondidas por apelos à própria regra de reconhecimento.¹⁸⁴

Destarte, Toh¹⁸⁵ entende que Hart concebeu as proposições jurídicas internas como proposições normativas, e as analisou de forma não descritiva (ou expressivista). Uma vez que juízos normativos necessitam de fundamentos normativos, e não apenas de considerações factuais, conceber as proposições internas como normativas não é compatível com endossar a conclusão expressa por (L3), que defende que juízos de primeira ordem são corretos em virtude de fatos sociais. Uma possível explicação para alguns teóricos terem inferido a proposição (L3) a partir da teoria de Hart pode derivar de terem compreendido que, como a existência de um sistema jurídico em uma comunidade requer que seus membros utilizem uma regra de reconhecimento como critério de validade das normas do sistema, se seguiria que os fatos sociais que acarretam na existência de um sistema jurídico em uma comunidade incluiriam quaisquer fatos sociais que acarretassem na existência de qualquer lei específica naquela comunidade.

Ante o exposto, tais autores teriam concluído o seguinte: “(L2) Uma norma em particular ser uma lei (ou uma norma jurídica) em uma comunidade consiste em última análise apenas em certos fatos sociais existentes naquela comunidade”¹⁸⁶. De acordo com Toh, à primeira vista parece que tanto (L3) quanto (L2) expressam a mesma ideia por formulações diferentes. Para afastar a conclusão de que a obra de Hart adota uma tese dos fatos sociais, Toh traça um paralelo com a teoria moral de Allan Gibbard, segundo a qual normas morais se distinguem das demais por terem a ver com a justificação da culpa e da raiva imparcial. De tal teoria moral seria possível derivar a proposição “(M1) Uma comunidade ser governada por (um conjunto de) costumes consiste apenas em certos fatos sociais existentes naquela comunidade”¹⁸⁷, que é semelhante a (L1). Por conseguinte, a existência de uma norma moral específica dependeria de os membros da comunidade considerarem justificadas as reações em caso de inconformidade.

¹⁸⁴ Toh, *An Argument...*, p. 484-486.

¹⁸⁵ Toh, *JT*, p. 461.

¹⁸⁶ Toh, *JT*, p. 461. No texto original: “(L2) A particular norm’s being a law (or a legal norm) in a community consists ultimately only of certain social facts existing in that community.”

¹⁸⁷ Toh, *JT*, p. 462. No texto original: “(M1) A community’s being governed by (a system of) mores consists only of certain social facts existing in that community.”

Conjuntamente seria possível concluir que “(M2) Uma norma particular ser um costume (ou uma norma moral) em uma comunidade consiste em última análise apenas em certos fatos sociais existentes naquela comunidade”¹⁸⁸. Dito de outra forma, tanto a comunidade possuir uma moralidade quanto uma norma moral específica são fenômenos completamente determinados pela existência de certos fatos comportamentais e psicológicos. O mesmo não pode ser sustentado da seguinte proposição: “(M3) Qualquer juízo moral de primeira ordem é correto em última análise apenas em virtude de certos fatos sociais existentes na comunidade relevante”.¹⁸⁹ Ao contrário de (M1) e (M2), (M3) implica uma tese ética de primeira ordem, segundo a qual a correção ou a incorreção de uma ação depende apenas de se as normas que prevalecem na comunidade ditam que a culpa ou a raiva imparcial são devidos quando alguém realiza uma ação determinada.

Toh¹⁹⁰ reputa que a visão exposta por (M3), além de ser implausível, é independente de (M1) e (M2). Nessa perspectiva, aponta que Gibbard adota as duas primeiras proposições e rejeita (M3), acreditando que a questão de se uma reivindicação de primeira ordem é verdadeira não é uma questão meramente factual, mas também parcialmente uma questão normativa. Toh defende que, com base no princípio da paridade, a mesma conclusão pode ser alcançada no campo das teorias sobre o Direito. Isto é, defende que é possível, sem cair em contradição, adotar (L1) e (L2), rejeitando simultaneamente (L3), dado que as duas primeiras proposições não implicam concluir por uma tese dos fatos sociais.

Com base nisso, Toh oferece uma interpretação da teoria de Hart que não a vincula à tese dos fatos sociais, ou seja, à visão do Direito como simples questão de fato. Hart é usualmente interpretado como defendendo que qualquer raciocínio jurídico de primeira ordem traz consigo uma determinação sociológica sobre qual norma é tratada pelos membros da comunidade como a regra de reconhecimento. Contudo, rejeitando-se a proposição (L3), por não ser corroborada pela leitura integral da tese hartiana, afasta-se a ideia de que a correção dos juízos jurídicos de primeira ordem seja determinada em última análise e apenas por tais fatos sociais. Estes juízos devem ser desenvolvidos pelos juristas por meio do exercício do raciocínio jurídico de primeira ordem. Assim como no exemplo da teoria moral de Gibbard, a

¹⁸⁸ Toh, *JT*, p. 462. No texto original: “(M2) A particular norm’s being a mos (or a moral norm) in a community consists ultimately only of certain social facts existing in that community.”

¹⁸⁹ Toh, *JT*, p. 462. No texto original: “(M3) Any first-order moral judgment is correct ultimately in virtue only of certain social facts existing in the relevant community.”

¹⁹⁰ Toh, *JT*, p. 462.

concepção de Direito de Hart deixa muito espaço a ser preenchido pelo raciocínio de primeira ordem.¹⁹¹

Nesse sentido, Toh concebe que teorias metajurídicas como a de Hart não precisam estar vinculadas a uma tese sobre os fundamentos últimos dos juízos de primeira ordem. Dworkin, no entanto, acredita que as teorias metajurídicas devem ser interpretadas como teorias de primeira ordem muito abstratas e, por esse motivo, ineficientes. Isso se dá porque Dworkin entende que o raciocínio jurídico é um ramo do raciocínio ético e aplica às teorias sobre o Direito suas críticas às teorias metaéticas, que afirma possuírem propósitos arquimedianos. Tal argumento é baseado na suposição de que as teorias metaéticas possuem a ambição ou de justificar ou de desmascarar o pensamento de primeira ordem com base apenas em considerações de segunda ordem. Baseia-se ainda em sua tese da independência dos juízos éticos de primeira ordem, segundo a qual apenas considerações de primeira ordem podem constituir fundamento legítimo para justificar teorias éticas de primeira ordem.¹⁹²

Dworkin aduz que Hart teria falhado em formular uma teoria de segunda ordem em virtude de seu suposto comprometimento com a *plain fact view* – exemplificada pela proposição (L3) –, aliado à tomada de posicionamento em juízos de primeira ordem. Logo, por ter supostamente falhado em seus propósitos arquimedianos, Dworkin defende que essa teoria deva ser interpretada como de primeira ordem, hipótese em que se tornaria uma teoria muito abstrata. Toh argumenta que nem todas as teorias metaéticas possuem propósitos arquimedianos, sendo que, em geral, estas teorias formam uma rede mútua com suas teorias éticas de primeira ordem. Por formarem uma rede mútua, uma teoria não determina o conteúdo da outra de maneira categórica, embora uma teoria de segunda ordem possa possuir implicações fundamentais em uma teoria de primeira ordem e vice-versa. Toh propõe, com isso, que a relação entre teorias éticas e jurídicas de primeira e segunda ordem seja pensada nos termos do que Rawls denominou de equilíbrio reflexivo amplo.¹⁹³

Diante do raciocínio de Toh, é possível vislumbrar que a teoria de Hart não se enquadra na categoria de teoria arquimediana, como sustentou Dworkin, conquanto possa ser considerada uma teoria metajurídica. De fato, trata-se de uma teoria com propósitos descritivos, sem estabelecer uma relação entre regras sociais observáveis por um sociólogo a partir do ponto de vista externo e os juízos jurídicos de primeira ordem com caráter normativo

¹⁹¹ Toh, *JT*, p. 462-463.

¹⁹² Nesse sentido, ver Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, em que Dworkin defende sua tese da independência do valor.

¹⁹³ Toh, *JT*, p. 464-467.

formulados pelos membros da comunidade jurídica. Aliando-se a Toh na empreitada de afastar a interpretação de que o Positivismo hartiano adota uma tese dos fatos sociais, vinculando os juízos internos a observações externas factuais, Luís Duarte d'Almeida, em artigo inédito,¹⁹⁴ apresenta e discute duas leituras da objeção de Dworkin sobre os desacordos teóricos.

A perspectiva adotada por d'Almeida concede que Dworkin está correto em rejeitar uma *plain fact view* acerca dos fundamentos do Direito, objetando que o argumento da *plain fact view* nada mais é que um homem de palha equivocadamente atribuído a Hart. Isto porque o argumento de Dworkin baseia-se em uma distinção primeiramente utilizada por Hart, qual seja a distinção entre proposições internas e normativas sobre o Direito e proposições externas e factuais sobre o Direito. D'Almeida apresenta ainda outra maneira enxergar o desacordo, que é a interpretação mais usual entre os positivistas contemporâneos, a exemplo de Scott Shapiro, que tenta, como há pouco exposto, responder a crítica de Dworkin sem negar que o Positivismo seja fundamentado em uma tese dos fatos sociais. Para d'Almeida, conquanto esta leitura também derive sua força de acusar os positivistas de não distinguirem proposições internas e externas, muitos positivistas seriam realmente culpados desse mal.

De início, d'Almeida arrazoar que a visão do Direito como simples questão de fato é obviamente falsa, de tal modo que se tornaria surpreendente se muitos filósofos a seguissem. Como visto no primeiro capítulo, Dworkin caracteriza a *plain fact view* sobre os fundamentos do Direito como a visão segundo a qual qualquer proposição verdadeira sobre o Direito será fundamentada apenas por fatos empíricos, isto é, fatos sobre o que dizem as leis e as decisões judiciais anteriores. De acordo com a *plain fact view*, a proposição de que na Califórnia é proibido dirigir acima de uma determinada velocidade apenas será verdadeira se, no livro oficial de leis da Califórnia, existir uma lei nesse sentido. Diante disso, os adeptos dessa visão apenas admitiriam a existência de desacordos empíricos sobre o Direito, sendo incapazes de explicar a possibilidade de desacordos teóricos.

Não obstante, d'Almeida discorda da interpretação reproduzida acima, por entender que não está claro que desacordos sobre o valor de verdade de proposições acerca do que dizem as leis sejam exclusivamente empíricos¹⁹⁵. A verdade da afirmação de que o livro

¹⁹⁴ D'Almeida, Luís Duarte. *The Grounds of Law*, p. 1-19. Manuscrito inédito (Maio 2014). Este argumento foi apresentado na conferência "Os Grounds of Law", parte da programação do III Colóquio de Filosofia Política e Jurídica, que ocorreu entre os dias 04 e 06 de junho de 2014 no auditório da Faculdade de Economia da UFRGS e cuja programação pode ser acessada em: <<http://www.ufrgs.br/seminariodefiliadodireito/eventos>>. Acesso em: 06 Nov. 2015.

¹⁹⁵ D'Almeida, *The Grounds of Law*, p. 2.

oficial de leis da Califórnia contém uma lei estabelecendo determinado limite de velocidade também depende do fato de que o livro que contém a previsão realmente seja o livro de leis oficial, e não outro sem força autoritativa. Com efeito, a afirmação de que um conjunto de leis possui um caráter oficial não é uma proposição meramente empírica, pois para afirmar que um livro (ou um código) possui uma lei tal, se faz necessário que o órgão que o produziu possua o poder legal para legislar sobre o assunto. Logo, para verificar-se a veracidade de uma proposição aparentemente empírica, torna-se necessária a veracidade de uma proposição diferente, que afirme que o órgão que produziu o texto da lei possui o poder legal de decidir sobre o assunto.

Neste ponto, asseveramos que possuir o poder de legislar não é um *plain fact*, uma vez que uma proposição no sentido de que um órgão possui esse poder é uma proposição com conteúdo normativo. Uma divergência sobre a existência de uma obrigação que remonte a uma lei válida promulgada por um órgão competente não consiste em um desacordo meramente empírico, como alegou Dworkin, visto que a resposta a essa pergunta toma um viés normativo, não sendo possível avaliar a veracidade de uma proposição do tipo “a velocidade máxima permitida no Estado da Califórnia é...” apenas por meio de uma discussão factual.

Uma vez que há necessariamente um aspecto normativo nos fundamentos das proposições sobre o Direito, a *plain fact view* não pode ser verdadeira. D’Almeida, quanto a isto, concorda com Dworkin. Sua crítica reside em ponderar que a tese dos fatos sociais foi equivocadamente atribuída a Hart. Nos exemplos utilizados por Dworkin em *Law’s Empire*, o filósofo americano busca demonstrar que as proposições emanadas pelos juízes nos casos difíceis são proposições sobre o que o Direito, corretamente interpretado, realmente significa. O desacordo entre os juízes, portanto, não é sobre nenhuma questão de fato histórico. Para d’Almeida, conquanto este argumento seja razoável, não lhe parece claro que os demais teóricos do Direito o ignoravam antes de *Law’s Empire*.

Consoante d’Almeida, as proposições que Dworkin relaciona com o Positivismo Jurídico e atribui a uma *plain fact view* sobre os fundamentos do Direito, como dizer que “o Direito é uma questão de simples fatos”, que “o Direito é sempre uma questão de fatos históricos” ou que “o Direito depende apenas de questões de fatos simplesmente históricos”, são realmente associáveis ao Positivismo. Contudo, isso não significa que o Positivismo

possua qualquer relação com uma visão do Direito como simples questão de fato do modo formulado por Dworkin.¹⁹⁶

Adotando raciocínio semelhante ao utilizado por Toh, d’Almeida esclarece que a confusão do argumento de Dworkin reside em atribuir um caráter interno às proposições descritivas acima referidas. Embora seja claro que a verdade de proposições interpretativas não depende apenas de fatos históricos, as atividades dos juristas e operadores do Direito são, em si mesmas, fatos históricos. Dito de outro modo, o fato de que as pessoas elaboram questionamentos sobre o que o Direito significa é um fato histórico, mas disso não se segue que a resposta a essas perguntas deva ser dada apenas em termos de fatos históricos. As respostas para essas questões são proposições sobre o Direito elaboradas sob o ponto de vista interno, aquele do participante da prática jurídica. Já do ponto de vista externo, do sociólogo, a questão sobre se uma comunidade possui Direito é uma questão acerca dos fatos históricos a respeito das ações, crenças e disposições passadas e presentes dos membros dessa comunidade. Por conseguinte, analisado o Direito sob o ponto de vista externo – o qual possui um caráter descritivo – ele será uma questão de fatos históricos, ou seja, um fenômeno social, uma questão de fatos sociais.

Visando tornar mais evidente a distinção entre os pontos de vista externo e interno, uma sentença como “o Direito é sempre uma questão de fatos históricos”, pode ser assim reformulada: “Sentenças do tipo ‘há (ou existe) Direito na comunidade *c*’, se verdadeiras, são verdadeiras somente em virtude de fatos históricos”¹⁹⁷. Posta dessa maneira, d’Almeida reputa que a sentença se revela trivialmente verdadeira e que, se é uma proposição desse tipo que Dworkin sustenta ser aceita pela maioria dos filósofos, então o próprio Dworkin deveria concordar com essa maioria. Visto que Dworkin aceita que o Direito é um fenômeno social, e nem por isso se considera um adepto da *plain fact view*, tampouco deveria acusar os demais teóricos de estarem comprometidos com essa visão.

D’Almeida conjectura que Dworkin ou acredita que os demais teóricos não compreenderam as implicações de considerar que o Direito é composto de fatos históricos, ou então distorceu a visão destes. Como referido no primeiro capítulo dessa dissertação, ao abordar a teoria de Hart, Dworkin¹⁹⁸ afirma que este fez a mais importante formulação da ideia do Direito como uma questão de fatos históricos, sustentando que os verdadeiros

¹⁹⁶ D’Almeida, *The Grounds of Law*, p. 5-6.

¹⁹⁷ D’Almeida, *The Grounds of Law*, p. 7. No texto original: “Sentences of the form ‘There is [or ‘there exists’] law in a community *c*’, if true, are true solely in virtue of historical facts.”

¹⁹⁸ Dworkin, *LE*, p. 34.

fundamentos do Direito residem na aceitação pela comunidade como um todo de uma regra mestra fundamental (a regra de reconhecimento), a qual atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criação do Direito. Isto posto, Dworkin entende que uma proposição sobre a velocidade máxima permitida na Califórnia seria verdadeira, para Hart, porque as pessoas que moram na Califórnia aceitaram, e continuam aceitando, o esquema de autoridade implantado pelas constituições estadual e nacional.

Sem embargo, elaborar uma proposição afirmando que as pessoas de uma comunidade determinada aceitam um esquema de autoridade específico consiste em uma proposição externa, com o objetivo de descrever as ações ou atitudes daquela comunidade com base na análise de fatos sociais. Já uma afirmação de que a velocidade máxima naquela comunidade é tal, consiste em uma proposição interna sobre o Direito daquela comunidade. De acordo com d'Almeida, o equívoco de Dworkin reside em reivindicar que Hart teria acreditado que a proposição interna (sobre o limite de velocidade na Califórnia) é verdadeira em razão da proposição externa ser verdadeira.

D'Almeida, inclusive, assevera que Dworkin tirou da própria obra de Hart o fundamento da crítica que utilizou equivocadamente contra ele. Trata-se do argumento de que proposições internas sobre o Direito não podem ser fundamentadas apenas em proposições externas. D'Almeida julga que Hart deve ser lido no sentido de que a comunidade aceitar a regra de reconhecimento, que dá a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar o Direito, é um fato histórico, mas que disso não decorre que a verdade desse fato histórico é o que fundamenta e torna verdadeiras as proposições sobre o Direito.¹⁹⁹

Até este ponto foi apresentado o argumento de d'Almeida para afastar a crítica de Dworkin acerca da *plain fact view* sobre os fundamentos do Direito. Cabe agora referir sua leitura da versão mais usual da interpretação do argumento de Dworkin contra o Positivismo. Essa interpretação é adotada por Shapiro,²⁰⁰ que articula a objeção dos desacordos teóricos como o argumento de que, uma vez que os Positivistas entendem que os fundamentos do Direito são fixados pelo consenso, bem como só podem ser constituídos por fatos puramente históricos, os adeptos da *plain fact view* não conseguem dar conta da possibilidade de desacordos teóricos acerca dos fundamentos do Direito. Isso porque sem consenso sobre se um fato é um fundamento do Direito, ele simplesmente não será um fundamento do Direito.

¹⁹⁹ D'Almeida, *The Grounds of Law*, p. 8.

²⁰⁰ Shapiro, *HDD*, p. 37.

Tal-qualmente, Dworkin afirma em “The Model of Rules II”²⁰¹ que o desacordo entre participantes da prática jurídica é inconsistente com o conceito de regra social utilizado por Hart. Em seu favor, retoma o exemplo de Hart sobre uma regra que, apesar de ter sido adotada por maioria simples, estabelece quórum qualificado para sua modificação. Dworkin alega que não é meramente incerto se existe uma regra social determinando o que deve ser feito se o Parlamento tentar modificar, por maioria simples, uma regra desse tipo. Pelo contrário, garante que é certo que não existe nenhuma regra em qualquer sentido.

Para d’Almeida,²⁰² Dworkin utiliza esse argumento em face de Hart porque representa erroneamente a visão do filósofo britânico sobre a diferença entre os pontos de vista externo e interno. Dworkin acredita que Hart pressupõe que um enunciado interno que constitua uma regra normativa não pode ser verdadeiro a menos que um enunciado externo expressando uma regra social com o mesmo conteúdo também o seja. Crê, ademais, que, para Hart, a única diferença entre enunciados externos e internos seria de que, nos internos, o participante da prática, além reconhecer que as circunstâncias fáticas estão presentes, também demonstra o seu aceite da regra social como um guia para a sua conduta e para julgar a conduta de outros.

No entanto, consoante d’Almeida, Hart conceitua os enunciados internos como aqueles que aplicam regras gerais a casos particulares. Não afirmam, como supõe Dworkin, que a regra é de fato aceita pelos integrantes do grupo. Indicam, apenas, que o enunciador acredita que tal enunciado seja verdadeiro, não constituindo uma descrição do que o grupo como um todo acredita. À vista disso, os enunciados internos podem ser verdadeiros mesmo que sejam amplamente controversos, já que, quando dois participantes discordam sobre o que uma regra requer, estão ainda assim discordando sobre a aplicação da mesma regra.

Diante disso, deve-se afastar a interpretação que Shapiro elaborou com relação a Hart de que o conteúdo das regras é fixado exclusivamente pelo consenso ou pela convergência prática, visto que Hart entende que o desacordo se dá quanto à aplicação da mesma regra. D’Almeida conclui, com isso, que o argumento de que os positivistas precisam considerar que os desacordos teóricos são incoerentes deve ser afastado por basear-se na ideia de que o Positivismo Jurídico falha em distinguir adequadamente os enunciados externos e internos, o que, como se viu, não é verdadeiro.

Outrossim, a própria interpretação de Shapiro e de outros positivistas, como Brian Leiter, incorre no mesmo erro que Dworkin, reconhecendo a crítica da *plain fact view* como

²⁰¹ Dworkin, *TRS*, p. 62.

²⁰² D’Almeida, *The Grounds of Law*, p. 10.

plausível.²⁰³ Na tentativa de defender o Positivismo, Leiter argumenta que os casos controversos não são abrangidos pela regra de reconhecimento em razão da inexistência de uma prática convergente no ponto em questão. Nesse sentido, o desacordo entre os juízes se explicaria por eles não estarem sendo sinceros sobre a existência de uma regra de reconhecimento no ponto em questão, ou por estarem simplesmente errados a esse respeito. Mas essa estratégia de resposta não é satisfatória, por trazer consigo a suposição de que o discurso jurídico está sistematicamente equivocado.

Segundo d'Almeida, o que precisa ser explicado pelos positivistas é do que o fenômeno dos desacordos teóricos é evidência: de que os juízes não consideram que a veracidade de suas proposições jurídicas dependa dos demais concordarem com eles. Como já argumentado nessa seção, o fundamento das proposições internas normativas, também denominadas juízos jurídicos de primeira ordem, não é dado pelas proposições externas formuladas com base em teorias de segunda ordem sobre o funcionamento do sistema jurídico, dado que tais proposições são meramente descritivas. Com efeito, o que dá fundamento de validade a um juízo jurídico de primeira ordem é a atitude dos membros da comunidade, que se reconhecem em uma regra particular e dão deferência a ela. Isto é, os participantes do sistema jurídico utilizam essa regra particular, desde um ponto de vista crítico reflexivo, como um fundamento normativo para justificar seus juízos de primeira ordem. Por conseguinte, a regra de reconhecimento existe porque é praticada pelos membros da comunidade em razão de um escrutínio reflexivo, não em face de um acordo *a priori*, não se tratando de uma mera questão de fato, como será abordado ao longo deste capítulo.

3.2 A teoria descritiva não é livre de valores

Conforme mencionado no segundo capítulo dessa dissertação, Thomas Bustamante²⁰⁴ tem como certo que já não há mais lugar para abordagens do Direito puramente descritivas, defendendo que a única forma possível de Positivismo é o Positivismo normativo de cunho neobenthamista de autores como Waldron, Schauer e Campbell. Em seu artigo “A breve história do Positivismo descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A.

²⁰³ D'Almeida, *The Grounds of Law*, p. 11-14.

²⁰⁴ Bustamante, *A breve história do positivismo descritivo*, 323-326.

Hart?”, Bustamante retoma primeiramente as origens da teoria positivista, quando se apresentava como uma tese político-moral, para então tratar do Positivismo descritivo, que teve sua origem com John Austin e teria sido radicalizado por Kelsen e Hart. Para o teórico brasileiro, o ponto de vista interno, primeiramente analisado por Hart, traria consigo o germe da destruição do Positivismo descritivo, por reclamar uma abordagem hermenêutica, incompatível com o método de investigação descritivo.²⁰⁵

De acordo com Bustamante,²⁰⁶ a consolidação do Positivismo Jurídico se deu com a teoria “imperativista” do Direito de Jeremy Bentham, que tem como fundamento a tese das fontes sociais, segundo a qual toda norma jurídica tem seu caráter determinado por suas fontes, e a tese da separabilidade entre o Direito e a moral. Essas duas teses já foram abordadas amiúde no decorrer dessa dissertação, sendo que a tese das fontes sociais equivale à tese dos fatos sociais e à *plain fact view*, expressões aqui utilizadas como sinônimas, enquanto a tese da separabilidade foi tratada no segundo capítulo, no item 2.1.6. Como vimos, tais teses, apesar de comumente associadas ao Positivismo, não são teses que todos os positivistas necessariamente adotam. Para Bustamante, Hart não deu atenção suficiente ao aspecto normativo da teoria de Bentham, o que teria ocasionado que não percebesse a diferença entre as teorias de Bentham e Austin. Por ser um conservador, Austin não teria se preocupado com o desenvolvimento de uma teoria da legislação, enquanto Bentham possuía pretensões reformadoras, possuindo a intenção de abolir o *common law* e substituí-lo por um Código Civil de inspiração napoleônica.

Na mesma linha é a crítica de Jeremy Waldron²⁰⁷ acerca das teses descritivas. Waldron considera que a tese da separabilidade – de que não há conexão necessária entre os fundamentos do juízo jurídico e os fundamentos do juízo moral – é algo bom, talvez até indispensável, e que deve ser valorizado e encorajado. Defende, ainda, que os valores associados ao Direito, à legalidade, e ao Estado de Direito (*rule of law*) são melhores atingidos se a operação ordinária de tal sistema não requerer que as pessoas exerçam juízos morais para descobrir o que o Direito é, sendo que esta reivindicação não pressupõe nenhuma fase descritiva.²⁰⁸

Esta posição, denominada por Waldron de Positivismo normativo, é a mesma categoria sob a qual Gardner reuniu, como vimos no capítulo anterior, os anfitriões da

²⁰⁵ Bustamante, A breve história do Positivismo descritivo, p. 309.

²⁰⁶ Bustamante, A breve história do Positivismo descritivo, p. 310-313.

²⁰⁷ Waldron, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: Coleman, Jules (Org.) *Hart's Postscript*. Essays on the postscript to *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411-433.

²⁰⁸ Waldron, Normative (or Ethical) Positivism, p. 421.

positividade (*positivity-welcomers*), optando por esta nomenclatura uma vez que nem todos que a defendem se autodenominam positivistas, com destaque para MacCormick. Citando Postema, Waldron reputa que esse posicionamento não é uma inovação, sendo fiel à primeira fase da tradição positivista de Hobbes e Bentham, que destacaram em suas obras os males que afligiriam as sociedades cujos membros não fossem capazes de dissociar seus juízos sobre o que o Direito exige ou permite da sociedade de seus juízos individuais sobre justiça e moralidade.²⁰⁹

A este respeito, Bentham distingue dois domínios da teoria jurídica, sendo que o primeiro seria o da teoria jurídica expositória (*expository jurisprudence*), consistindo na descrição objetiva do Direito positivo como um fato social empiricamente verificável. O segundo domínio seria o da teoria jurídica censória (*censorial jurisprudence*), que nada mais é do que uma teoria da legislação em que Bentham propõe o uso do princípio da utilidade para constituir racionalmente as regras jurídicas que deveriam ser estabelecidas por todos os sistemas jurídicos. Pretendia, com sua teoria, dissociar o conteúdo do Direito das preferências morais dos juízes e garantir a segurança jurídica e a certeza do Direito por meio da adoção de um critério objetivo de identificação do Direito.

Bustamante destaca a importância da distinção entre ponto de vista externo e interno elaborada por Hart, sustentando que a virada para o ponto de vista interno consiste em um primeiro passo para a autodestruição do Positivismo descritivo, visto que exigiria que o Direito fosse “compreendido por meio de um tipo de pensamento que vai muito além das ambições ‘descritivistas’ ou puramente ‘conceituais’ de autores como Austin, Kelsen e o próprio Hart”²¹⁰. De maneira semelhante, Coleman argumenta que Hart falhou na sua tentativa de produzir uma teoria puramente descritiva, possuindo sua teoria um aspecto avaliativo.²¹¹ Contudo, a partir do exposto na seção anterior a respeito da distinção entre os pontos de vista externo e interno, é possível perceber que, nesta crítica, Bustamante incorre no mesmo equívoco de Dworkin, utilizando-se da distinção elaborada por Hart para atacar a teoria do próprio Hart. Ora, não é factível que Hart possa ter concebido um pensamento que vai muito além de suas ambições. Parece óbvio que, se Hart propôs que o ponto de vista interno fosse levado em consideração para a análise do Direito, é porque tinha ao menos alguma consciência da importância de ir além de uma mera descrição.

²⁰⁹ Waldron, Normative (or Ethical) Positivism, p. 412.

²¹⁰ Bustamante, A breve história do Positivismo descritivo, p. 316.

²¹¹ Coleman, Jules. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis., *Legal Theory* 4 (1998), p. 395.

Dito isto, Bustamante e Waldron rejeitam o Positivismo descritivo por fazerem uma leitura demasiadamente literal do termo descritivo, supondo que os autores que propõe teses deste tipo, como o fez Hart com sua sociologia descritiva em *The Concept of Law*, pretendem apenas reproduzir as crenças e atitudes dos participantes da prática jurídica. Por esse ângulo, afirmam que Hart teria falhado nesse propósito, por não conseguir desenvolver uma teoria completamente neutra. Com efeito, Bustamante e Waldron não são os únicos a fazerem esse tipo de leitura das teses descritivas, razão pela qual Julie Dickson propõe o abandono desse termo em favor da expressão “teoria jurídica indiretamente avaliativa”²¹².

No que tange à divergência entre esses dois tipos de teoria, descritiva e avaliativa, Dickson²¹³ aponta que Hart, por meio do pós-escrito à obra *The Concept of Law*, elevou o patamar da discussão sobre metodologia jurídica ao nível metateórico, passando a questionar o que vem a ser a teoria jurídica e como ela deve ser conduzida. Já na primeira seção do pós-escrito, Hart introduz a distinção entre a sua forma de tratar a teoria jurídica, que denomina de geral e descritiva, e a adotada por Dworkin, avaliativa e justificatória, sem propósitos universalistas. Outrossim, também levantou a questão sobre se é possível explicar o Direito por uma teoria descritiva que seja moralmente neutra e sem objetivos justificatórios.²¹⁴ Dickson infere que, ao tratar sua teoria pelo termo “descritiva”, Hart teria aberto espaço para ser interpretado – como de fato o foi por Bustamante e Waldron, acima citados – como se reivindicasse ser possível construir uma teoria explicativa adequada sem fazer nenhum juízo de valor, conquanto não acreditasse que a teoria jurídica pudesse ser livre de valores.

Mais adiante no pós-escrito, Hart observa que, em oposição ao que defende Dworkin, é possível levar em consideração o ponto de vista interno sem que o teórico precise ele mesmo se tornar um participante da prática jurídica e oferecer interpretações que compitam com as dos demais participantes. Isto é, não é necessário que ele partilhe, endosse ou faça reivindicações internas para construir uma teoria jurídica explicativa adequada. Logo, mesmo que no sistema jurídico em análise a perspectiva dos participantes necessariamente inclua razões morais para seguir o Direito, o teórico não necessita abandonar seus propósitos descritivos e assumir ele mesmo o papel de intérprete substantivo do Direito.

²¹² Dickson, Julie. Methodology in Jurisprudence: a critical survey. *Legal Theory*, Cambridge, v. 10, n. 3, p. 117-156, 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1017/S1352325204040200>>. Acesso em: 19 fev. 2016, p. 137. Citado, a seguir, como *MIJ*.

²¹³ Dickson, *MIJ*, p. 117-121.

²¹⁴ Hart, *CL*, p. 240.

É importante frisar que Dickson²¹⁵ destaca que a partir da dicotomia entre as teorias descritivas, de um lado, e as teorias normativas, de outro, pode ser traçado um paralelo com a dicotomia ser/dever ser (*is/ought, sein/sollen*). Dito de outro modo, concebe que a teoria jurídica vem sendo compreendida tradicionalmente como abrangendo uma distinção entre os teóricos que defendem ou negam respectivamente que é possível produzir uma análise adequada do Direito “como ele é”, o que é diferente de uma análise do que ele deveria ser. Tal distinção se deve em parte à já referida diferenciação entre teoria expositória e teoria censória elaborada por Bentham, que sustentava que o estudo de como o Direito é precisaria ser realizado separadamente do estudo de como ele deveria ser, a saber, da crítica do Direito como moralmente bom ou mal. Kelsen, por sua vez, além de sustentar essa separação, também defendia que a análise moral do Direito não fazia parte do escopo da teoria do Direito.

Diante disso, Dickson se debruça sobre o estudo do papel da avaliação na teoria jurídica, questionando até que ponto, e em que sentido, deve um teórico jurídico fazer juízos de valor sobre o fenômeno que ele pretende caracterizar para poder construir uma teoria do Direito bem-sucedida. A partir dessa questão, estima existirem três pontos a respeito dos quais o teórico do Direito deve posicionar-se com relação à dicotomia ser/dever.

Primeiramente, deve posicionar-se favorável ou contrariamente à afirmação de que, para compreender o Direito de maneira adequada, o teórico jurídico carece de avaliar moralmente o Direito (tese da avaliação moral). Em segundo lugar, à afirmação de que, para entendê-lo, o teórico precisa considerar que o Direito é um fenômeno moralmente justificado (tese da justificação moral). Por último, à afirmação de que juízos avaliativos sobre as consequências morais benéficas de defender uma certa teoria sobre o Direito pode legitimamente constar entre os critérios para o sucesso dessa teoria jurídica (tese da consequência moral benéfica).²¹⁶

Segundo Dickson,²¹⁷ ao caracterizar sua teoria como descritiva, Hart não está reivindicando que ela seja completamente livre de valores. Para Hart, a construção de qualquer teoria jurídica explicativa adequada envolve juízos avaliativos acerca de quais características do Direito são importantes de ser explicadas. Reputa ainda importante dar lugar às reivindicações e crenças morais sobre o Direito, mas entende que o teórico pode avaliar

²¹⁵ Dickson, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Legal Theory Today. General editor: Professor John Gardner. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 4-6. Citado, a seguir, como *ELT*.

²¹⁶ Dickson, *ELT*, p. 9-10.

²¹⁷ Dickson, *MIJ*, p. 122-123.

que certas crenças devem ser explicadas sem ele mesmo oferecer uma análise justificatória delas. Na mesma linha, Dickson cita os trabalhos de Jules Coleman, Wil Waluchow e Andrei Marmor como teorias que buscam ser avaliativas sem serem necessariamente moralmente avaliativas ou justificatórias, como o são as teses de Dworkin, John Finnis e Stephen Perry, que defendem que os teóricos devem engajar-se em uma avaliação moral do Direito.

Sobre essa questão, John Finnis entende que o teórico do Direito deve fazer avaliações de significado e importância para construir uma teoria explicativa adequada, caso contrário apenas elaborará meras listas variadas de informações. Além disso, faz a reivindicação adicional de que, para poder explicar a natureza do Direito, esse teórico deve elaborar juízos morais de valor, bem como explicar o valor moral do Direito e a maneira pela qual o Direito gera obrigações morais. Para sustentar sua reivindicação, Finnis afirma que, por ser o Direito um fenômeno social, o teórico deve guiar-se pelo que é considerado importante e significativo por aqueles que criam, administram e estão sujeitos ao Direito. Não obstante, Dickson assevera que Hart já defendia isso ao apontar, em *The Concept of Law*, a importância do ponto de vista interno, isto é, a importância de entender o fenômeno jurídico como ele é percebido por aqueles que estão sujeitos a ele.²¹⁸

Uma diferença entre os pensamentos de Hart e Finnis consiste em Hart acreditar que os oficiais que administram o Direito podem possuir atitudes variadas com relação a ele, desde motivações egoísticas até crença de que o Direito possui um valor moral. Finnis, por sua vez, supõe que alguns pontos de vista são mais importantes do que outros para compreender-se a natureza do Direito. O ponto de vista do caso central (*central case viewpoint*), como denomina Finnis, seria aquele responsável por permitir que o Direito surja e continue existindo. Trata-se do ponto de vista da pessoa razoável que aprecia o valor moral do Direito e compreende a maneira pela qual o Direito nos auxilia a viver bem e, portanto, adota a visão de que obrigações jurídicas geram obrigações morais. Finnis pensa que é a partir do ponto de vista do caso central – e através de uma avaliação moral da capacidade do Direito em criar obrigações morais de obedecê-lo e de assistir as pessoas a concretizarem certos valores em suas vidas – que o teórico deve escolher quais características são mais importantes e significativas de serem explicadas.²¹⁹

Em oposição a Finnis, Dickson²²⁰ articula uma visão sobre a teoria jurídica que defende que ela deva ser avaliativa, mas sem ser moralmente avaliativa. Em *Evaluation and*

²¹⁸ Dickson, *MIJ*, p. 124.

²¹⁹ Dickson, *MIJ*, p. 124-125.

²²⁰ Dickson, *MIJ*, p. 125-127.

Legal Theory,²²¹ Dickson refere-se a esse posicionamento como uma teoria jurídica indiretamente avaliativa (*indirectly evaluative legal theory*). Aponta que Hart, assim como Raz, formulou uma teoria que envolve juízos avaliativos sobre o Direito sem engajar-se em uma avaliação ou justificação moral do Direito. Dickson concede que a afirmação de Finnis – de que os teóricos devem fazer avaliações de significado e importância para que suas teorias sejam mais que meras listas de fatos – é verdadeira. Contudo, é banal, pois a necessidade de avaliações de valor puramente metateóricas é comum a todas as explicações teóricas, não revelando nada de especial sobre a teoria jurídica.

Sem embargo, Dickson atribui uma motivação diferente para os juízos avaliativos, pois a teoria jurídica busca ajudar as pessoas a compreenderem a si mesmas e ao mundo social em termos de Direito. Nessa linha, um teórico bem-sucedido deverá fazer juízos avaliativos de importância e significado acerca do seu objeto de estudo e os fará de tal forma que seja suficientemente sensível às autocompreensões acerca do Direito já presentes naqueles que criam, administram e estão sujeitos ao Direito. Dito isso, algumas dessas autocompreensões incluirão crenças morais sobre e atitudes com relação ao Direito, podendo incluir, por exemplo, a crença de que o Direito cria uma obrigação moral de ser obedecido.

O que Dickson rejeita é o passo final do argumento de Finnis, consistindo na alegação de que o teórico precisa fazer juízos morais diretamente avaliativos sobre o Direito. Por conseguinte, defende ser possível para o teórico jurídico saber quais características do Direito são importantes e significativas de serem explicadas sem tomar partido sobre se essas crenças são verdadeiras, visto que juízos avaliativos indiretos não requerem suporte de juízos avaliativos diretos. Exemplos de juízos diretamente avaliativos incluem os questionamentos acerca de se, e em quais circunstâncias, o Direito é moralmente justificado ou cria obrigações morais de ser obedecido. Destarte, dentre as razões para eleger-se uma característica do Direito para ser analisada pode encontrar-se, por exemplo, o fato de que tal característica é invariavelmente exibida pelo Direito e por isso revela o modo distinto pelo qual ele opera.

Isto posto, Dickson opõe-se à ideia de que o teórico deva primeiramente tomar uma posição sobre o valor moral das autocompreensões dos participantes da prática jurídica para só então perceber que elas são importantes de explicar. Pelo contrário, entende que, para ser capaz de responder adequadamente a questionamentos de primeira ordem diretamente avaliativos – como o de se, e sob qual circunstância, o Direito deve ser obedecido – é necessário realizar anteriormente uma análise analítica dos aspectos importantes do Direito,

²²¹ Dickson, *ELT*, p. 35.

compreendendo-se quais são os processos e meios institucionais pelos quais o Direito opera. Nesse diapasão, uma teoria diretamente avaliativa terá lugar depois que a teoria indiretamente avaliativa tiver explicado as propriedades essenciais do Direito.

Mormente, é digno de nota que a tese de Dickson guarda pontos de intersecção com os posicionamentos de Toh e d'Almeida, expostos na seção anterior. É seguro afirmar que, quando Dickson adota a expressão “teorias indiretamente avaliativas”, pretende dizer o mesmo que Toh quando fala em “teorias metajurídicas” ou “teorias de segunda ordem sobre o Direito”. Todas essas nomenclaturas são maneiras diferentes de referir-se ao que Hart denominou de teoria descritiva. Por sua vez, uma “teoria de primeira ordem” é o mesmo que “uma teoria diretamente avaliativa”. Posto de outro modo, quando um teórico toma o ponto de vista interno para posicionar-se sobre questões de primeira ordem, está fazendo o mesmo tipo de avaliação substantiva que faz o participante da prática jurídica.

Como bem sustentou Toh, deve haver um equilíbrio reflexivo entre as teorias de primeira e de segunda ordem, de maneira a formar uma teoria integrada, sem rejeitar-se nenhuma das duas maneiras de analisar o Direito. No mesmo sentido, Dickson²²² pondera que compreender a natureza do Direito e entender a natureza da teoria jurídica são atividades complementares e que se reforçam mutuamente. Sugere, com isso, uma visão holística sobre a relação entre uma teoria metodológica e a teoria substantiva que dela se origina, reputando, de maneira semelhante a Toh, que ambas devam ser avaliadas em conjunto, bem como que uma pode derivar seu suporte do sucesso da outra.

O ponto de Dickson²²³ consiste em sustentar a importância de uma teoria analítica de segunda ordem para a resolução de questões de primeira ordem. Entende que por vezes é importante analisar analiticamente um aspecto do sistema jurídico justamente por ele ser relevante para a resolução de alguma questão de interesse prático ou de uma questão diretamente avaliativa como, por exemplo, se o Direito é moralmente valioso ou justificado e quando ele deve ser obedecido. Isso porque se alguém deseja saber se deve obedecer a algo, poderá analisar melhor a questão se primeiro souber alguma coisa sobre a sua natureza e sobre o caráter das demandas que estão sendo feitas sobre si.

Nessa linha, para afastar a ambiguidade gerada pela expressão “teoria descritiva”, que dá a entender que o teórico do Direito apenas registra o fenômeno jurídico sem fazer nenhum juízo avaliativo, mas sem por isso afastar-se da tese de Hart, Dickson propõe que essa expressão seja abandonada em favor da expressão “teoria jurídica indiretamente avaliativa”.

²²² Dickson, *ELT*, p. 12-13.

²²³ Dickson, *MIJ*, p. 128.

Com efeito, Dickson considera que Hart foi um proponente da teoria indiretamente avaliativa, pois levou em conta como os que administram e estão sujeitos ao Direito o compreendem. Ademais, Hart também sustentou que uma análise do Direito não deve ser neutra com relação a todos os valores. Outrossim, a obra *The Concept of Law* não é uma mera lista de fenômenos, mas se fixa em propriedades importantes do Direito, o que lhe confere um caráter cogente e poder explicativo.

Mesmo uma tese indiretamente avaliativa como a de Dickson e Hart não se restringirá a juízos avaliativos puramente metateóricos – relativos à simplicidade, clareza, elegância, coerência e inteligibilidade –, pois estes não são suficientes para a formulação de uma teoria jurídica adequadamente explicativa. Isso se deve ao Direito ser um conceito hermenêutico que as pessoas usam para entender a si mesmas e a seu mundo social. Para Dickson,²²⁴ uma análise teórica do Direito precisa, além de virtudes metateóricas, fazer adequada justiça ao fato de que aqueles que criam, administram e estão sujeitos ao Direito já possuem visões sobre ele e fazem juízos avaliativos a respeito dele ao conduzirem suas vidas. Diante disso, ao fazer um juízo avaliativo indireto, o teórico do Direito deve ser capaz de distinguir e avaliar as autocompreensões dos participantes para destacar as mais relevantes para compreender os aspectos importantes e significativos do Direito.

Nesse diapasão, Dickson assevera que fazer uma análise hermeneuticamente adequada do fenômeno jurídico exige que o teórico seja suficientemente sensível às autocompreensões dos participantes da prática jurídica, e isto não consiste em um mero exercício de reprodução, como argumentam os críticos das teses descritivas. Como vimos no começo dessa seção, a crítica de Bustamante à teoria de Hart consistia em afirmar que, ao chamar a atenção para a importância de levar em consideração o ponto de vista interno na análise do Direito – e, conseqüentemente, o aspecto hermenêutico do Direito –, Hart teria caído em contradição com seus propósitos descritivos. Ocorre que, uma vez que fazer uma teoria descritiva não significa fazer uma teoria livre de valores, não há contradição no argumento de Hart.

Consoante observa Dickson,²²⁵ alguns autores tomaram a ênfase de Hart no ponto de vista interno em termos extremamente passivos e viram o ato de levar em conta o ponto de vista do participante como um exercício reprodutivo irrefletido. Contudo, Dickson esclarece que essa impressão se deve ao fato de que Hart, em seu pós-escrito, buscava distanciar-se do posicionamento de Dworkin. Para tanto, enfatizou a possibilidade de oferecer uma

²²⁴ Dickson, *MIJ*, p. 137-138.

²²⁵ Dickson, *MIJ*, p. 140.

compreensão do Direito que leva em conta o ponto de vista interno sem partilhar as visões expressas pelos participantes ou, quando elas possuísem conteúdo moral, sem opinar sobre a correção moral dessas visões. Em seu esforço de se distanciar da visão de que o teórico deve fazer juízos moralmente avaliativos, Hart terminou por inclinar-se demais na outra direção. Não obstante, Dickson defende que Hart estava consciente de que o teórico deve fazer juízos avaliativos na construção de sua teoria, bem como que tais juízos são muitas vezes controversos.

Segundo Dickson,²²⁶ alguns teóricos acreditam que a análise teórica do Direito adotada traz consequências práticas de natureza moral e política, defendendo a necessidade de elaborar um juízo avaliativo a respeito dessas consequências para, com base nas consequências desejadas, escolher qual teoria adotar. Tal posicionamento está presente no Positivismo normativo defendido por Waldron e Bustamante, bem como no argumento de MacCormick presente no artigo “A Moralistic Case for A-Moralistic Law”.²²⁷ Dickson, fazendo referência a Liam Murphy, define essa atitude como uma argumentação político-prática. Murphy, em particular, favorece uma tese das fontes (*sources thesis*), por entender que rejeitá-la traria a ameaça do quietismo, na forma de falta de avaliação crítica do Direito existente. Busca evitar a linha de pensamento segundo a qual “uma vez que isto é apresentado como Direito, provavelmente o é, sendo, portanto, justo”²²⁸.

Nessa linha, Jeremy Waldron²²⁹ lança mão de um argumento político-prático ao relacionar dois níveis em que a teoria jurídica opera: o nível da positividade do Direito (Menu A) e o nível do que os teóricos veem como o valor afirmativo ou função do Direito (Menu B). O Menu A é constituído pelos temas em que os autores positivistas se interessam, como: a separação entre Direito e moralidade; a qualidade das regras ou dos textos jurídicos; o Direito como uma instituição distintiva e suas características institucionais; e a autonomia ética de vários papéis jurídico-profissionais, como o de julgar. Já o Menu B inclui valores e funções como a paz, a previsibilidade, o controle do poder, a democracia, a legitimidade e a obrigação política e, por fim, as condições de coordenação social.

Waldron assevera que a simples escolha de um tema do Menu A como o aspecto da positividade em que se dará enfoque não é por si só inteligível. Acredita que tal seleção não pode ser apresentada como uma questão puramente analítica. Para ser inteligível, essa escolha

²²⁶ Dickson, *MIJ*, p. 145-150.

²²⁷ MacCormick, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, v. 20, n. 1, p. 1-41, 1985. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol20/iss1/1>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

²²⁸ Dickson, *MIJ*, p. 146.

²²⁹ Waldron, Normative (or Ethical) Positivism, p. 432-433.

necessita de uma motivação, a qual remonta a uma das funções ou valores exemplificados pela lista do Menu B. Nessa senda, na compreensão de Waldron, seria isto que Dworkin estaria fazendo em *Law's Empire*²³⁰ ao reconstruir o Positivismo como uma teoria convencionalista sobre a relação entre normas sociais que podem ser identificadas sem o exercício do juízo moral – um aspecto para análise, selecionado a partir do Menu A – e a importância moral de limitar de algumas maneiras o uso da força coletiva – um valor ou função para o Direito, selecionado do Menu B. Dessa maneira, a interpretação do Direito se daria à luz de sua função ou valor primordial, como o faz Dworkin em seu interpretativismo.

Conforme Dickson,²³¹ Hart rejeita o propósito justificatório de Dworkin, duvidando que o Direito possua um propósito geral que seja o papel da teoria jurídica elucidar. No entender de Dickson, a atitude de Dworkin é prejudicial por fixar a função da teoria jurídica no começo de sua investigação, impedindo o surgimento de outros questionamentos, como se o Direito realmente possui uma função, se ele necessariamente possui um valor moral e se é o papel da teoria jurídica colocar o Direito sob sua melhor luz com relação a essa função.

Dickson cita ainda Stavropoulos, que formula uma versão mais abstrata do interpretativismo, sustentando que essa vertente requer que o teórico busque por aquilo que é capaz de justificar uma dada prática, mas que não há garantia de que ela será encontrada. Para Dickson, essa maneira de caracterizar o interpretativismo é capaz de afastar algumas críticas feitas à versão de Dworkin, uma vez que, caso esse valor ou função não seja encontrado, a prática não será passível de justificação. Dessa forma, não será capaz de concretizar o valor que afirma buscar, não podendo gerar uma pretensão justificada de ação. Observamos que essa visão difere da defendida por Waldron, visto que o estudo analítico do Direito não é precedido da escolha de uma função ou valor para a prática jurídica, que, aliás, pode não ser encontrado.

Dito isto, tanto Murphy quanto MacCormick procuram demonstrar que Hart estaria utilizando-se de argumentos político-práticos sobre as consequências de se adotar uma visão do Direito em detrimento de outra em *The Concept of Law*. Murphy opõe-se à reivindicação de Hart²³² de que sua análise do Direito seria moralmente neutra e desprovida de finalidades justificatórias. Para o crítico, Hart estaria defendendo a adoção de uma tese das fontes no capítulo nove de *The Concept of Law*, utilizando como fundamento o argumento de que conceber o Direito dessa maneira conduziria a um pensamento mais claro e moralmente

²³⁰ Ver Dworkin, *LE*, 114-150 (cap. 4).

²³¹ Dickson, *MIJ*, p. 141-145.

²³² Hart, *CL*, p. 240.

crítico acerca do Direito, especialmente em situações em que o Direito fosse usado com finalidades moralmente odiosas.

MacCormick,²³³ por sua vez, ao caracterizar o Positivismo, afirma utilizar um argumento prático e moral para conceituar o Direito de uma maneira e não de outra. Entende o Positivismo como uma doutrina sobre a natureza e as fontes do Direito, considerado um conjunto de regras normativas inter-relacionadas sistematicamente e guarnecidas por padrões de conduta e de avaliação, como princípios, políticas e valores. Desse modo, as regras do sistema serão as que satisfizerem a um critério de validade estabelecido por sua doutrina de fontes formais do Direito, que se encontrará ou não consagrada por uma constituição formal, sendo o fundamento último dessa constituição e das fontes formais do Direito o costume político.

Sob a ótica de MacCormick, a existência do Direito é uma questão de fato institucional. É uma questão de fato por ser pertinente a e por ser revelada pela maneira em que as pessoas governam e são governadas (até mesmo autogovernadas) em comunidades humanas reais e operantes. Além disso, é uma questão de fato institucional, pois sua existência é dependente de condutas humanas e de atitudes práticas com relação a elas, as quais são moldadas e reveladas por uma prática costumeira que só é inteligível por meio de uma descrição e análise hermenêutica.

MacCormick discute a possibilidade de incluir na tese positivista a estipulação de que apenas regras moralmente justificáveis sejam aplicadas pelos oficiais do sistema jurídico. Pressupõe que os oficiais não afirmarem estarem justificados ao implementar o Direito seria uma atitude ao menos pragmaticamente auto derrotável. Contudo, exigir que os oficiais realmente estejam justificados para que o que apliquem seja Direito seria estabelecer um teste adicional de validade, adotando-se uma concepção de Direito mais estreita do que a proposta pelos positivistas.

Neste ponto, MacCormick analisa os dois argumentos trazidos por Hart para rejeitar a adoção da concepção de Direito mais estreita. A primeira objeção trazida por Hart é de que não há propósitos intelectuais ou acadêmicos que possam ser atingidos pela exclusão do campo jurídico e dos estudos legais daquelas regras impostas pelas agências governamentais e implementadas como leis, apesar de carecerem da qualidade moral de justificabilidade, qualidade exigida pela teoria jusnaturalista como essencial para a verdadeira legalidade. Todavia, MacCormick considera esta objeção extremamente fraca, por entender que excluir

²³³ MacCormick, A Moralistic Case for A-Moralistic Law, p. 7-9.

tais regras da categoria Direito não exigiria a sua exclusão dos estudos jurídicos, podendo ser estudadas como espécimes patológicos de Direito. A segunda objeção de Hart, que MacCormick compreende incluir um argumento prático, corresponde ao seguinte trecho da obra *The Concept of Law*:

Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um de seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as duas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral (*moral scrutiny*).²³⁴

Segundo MacCormick,²³⁵ este segundo argumento tem seu enfoque nas consequências práticas de se adotar uma concepção de Direito mais estreita, fator que abriria a possibilidade de os detentores do poder manipularem a noção de Direito. Isso porque, ao insistir que nada é realmente Direito a menos que passe, em adição ao teste das fontes formais, em um teste moral substantivo, arrisca-se aumentar a aura moral que os governos podem assumir, mesmo que a real esperança fosse de retirar o *status* de Direito de atos de legislação e de governo perversos e injustificáveis. Para o jusfilósofo escocês, trata-se de um argumento em favor da soberania final da consciência. Destarte, os positivistas sustentam que o termo Direito deve ser utilizado mesmo nesses casos, por insistirem que a validade não é decisiva para a obediência. A obediência é, por sua vez, uma questão moral, distinta da questão da validade. Em sua versão acabada, o argumento de MacCormick pelo amoralismo é assim formulado:

A validade jurídica pode ser propriamente determinada por fundamentos puramente formais, e as leis não devem jamais ser presumidas como moralmente justificadas ou vinculantes apenas sob o fundamento de sua validade formal; **bem como o Direito deveria ser restrito quanto a seu conteúdo moral.**²³⁶ (grifo nosso)

Observa-se que a primeira parte da formulação do argumento pelo amoralismo jurídico conclui uma tese positivista, enquanto a segunda parte, ora grifada, traz uma

²³⁴ Hart, H.L.A. *O conceito de direito*. Com um Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 226-227. Edição inglesa: Hart, *CL*, p. 210.

²³⁵ MacCormick, *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*, p. 10-11.

²³⁶ MacCormick, *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*, p. 37. No texto original: “Legal validity may properly be determined on purely formal grounds, and laws ought never to be presumed to be morally justified or morally binding upon the ground of their formal validity alone; and law should be restricted as to its moral content.”

proposição normativa a respeito do tipo de conteúdo que o direito deve possuir. Muito embora MacCormick atribua um argumento político-prático para a teoria de Hart, este se restringe à primeira parte da formulação do argumento amoralista, no sentido de que não se deve presumir as leis como moralmente justificadas. Sem embargo, a teoria descritiva de Hart não se manifesta a respeito do tipo de conteúdo que o Direito deve ou não possuir. Esse exercício é reservado a outras esferas de sua produção acadêmica,²³⁷ o que em nenhum momento nega o aspecto analítico de sua teoria jurídica.²³⁸

Para Murphy, a teoria jurídica adotada é parcialmente uma questão de escolha, a qual deve ser feita com base em fundamentos morais e políticos que levem em conta a consequência. Isso se deve à ideia de que o conceito de direito existente não fornece uma resposta determinada a algumas questões importantes de teoria do Direito, como para a questão de se argumentos morais e políticos devem ser utilizados na identificação do Direito, o que deixaria espaço para o teórico decidir adotar uma ou outra visão.

Contudo, não é esta a visão adotada por Hart, Raz, Dworkin e Finnis. Conforme Dickson,²³⁹ apesar de estes teóricos adotarem posicionamentos distintos, concordam ao conceberem que a teoria jurídica a ser adotada depende não de uma escolha, mas da natureza do Direito. O posicionamento de Murphy – bem como, nesse aspecto, o de MacCormick, Waldron e Bustamante – parece transformar a teoria jurídica em um pensamento ilusório (*wishful thinking*), segundo o qual o desejo de que o Direito possuísse determinadas características ocasionaria que ele as possuísse efetivamente, tornando-se uma teoria despreocupada com a verdade acerca das propriedades que tornam o Direito o que ele é.

Murphy, no entanto, acredita não estar ignorando nenhum fato em seu argumento, sustentando que o debate entre Positivismo exclusivo, Positivismo inclusivo e interpretativismo dworkiniano – aqui, podemos incluir ainda o Positivismo normativo – é incorretamente compreendido como uma disputa sobre características do Direito existentes, isto é, sobre como o Direito é. Não obstante, Dickson assevera que não é desta forma que os teóricos envolvidos no debate o encaram, existindo, portanto, um ônus explicativo para os defensores de uma abordagem político-prática do qual Murphy não se desincumbiu.

Com a finalidade de sustentar o posicionamento de que Hart utilizou-se de argumentos político-práticos para escolher qual abordagem teórica adotar, Murphy faz

²³⁷ Ver Hart, H.L.A. *Law, Liberty and Morality*. London: Oxford University Press, 1963; Hart, H.L.A. *The Morality of Criminal Law*. London: Oxford University Press, 1965; Hart, H.L.A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

²³⁸ Esta compreensão da teoria de Hart está presente em MacCormick, *H.L.A. Hart*, p. 17-30 (cap. 2).

²³⁹ Dickson, *MIJ*, p. 148.

referência à seguinte passagem do capítulo nono de *The Concept of Law*: “Se devemos fazer uma escolha arrazoada entre estes conceitos, isto deve ser porque um é superior ao outro de uma maneira que irá assistir nossas investigações teóricas, ou avançar ou clarificar nossas deliberações morais, ou ambos.”²⁴⁰ Assim como o trecho referido por MacCormick, essa passagem diz respeito a uma “escolha” entre o que Hart chama de um conceito amplo e um conceito estreito de Direito, sendo que o conceito amplo admitiria como Direito diretivas moralmente perversas do regime nazista caso elas passassem por alguns testes baseados nas fontes, enquanto o conceito estreito negaria o título de Direito a qualquer diretiva que falhasse em respeitar alguns padrões morais, não obstante sua conformidade com os testes baseados nas fontes.²⁴¹

Dickson aponta a existência de um debate vigoroso entre os estudiosos de Hart sobre como interpretar essa passagem, em especial diante da percepção de que o restante de sua obra não parece corroborar a visão de que a explicação do Direito a adotar seja uma questão de escolha no sentido defendido por Murphy. Para a jusfilósofa, ao reivindicar que o Direito é a união entre regras primárias largamente obedecidas e regras secundárias determinando o que deve ser contado como Direito que são aceitas pelos oficiais a partir de um ponto de vista interno, Hart parece estar argumentando a respeito da natureza do Direito e apresentando uma visão sobre as propriedades essenciais dos sistemas jurídicos.

Além disso, para Dickson, Hart parece argumentar que a natureza do Direito é tal que sua identificação reside, em última análise, em fatos sociais e não em uma argumentação moral – a expressão fatos sociais deve aqui ser lida segundo o conceito de fatos institucionais, explicitado nas páginas anteriores, bem como segundo o argumentado na seção anterior, não implicando uma *plain fact view*. A argumentação de Hart de que o Direito possui essas características descarta a possibilidade de escolher o conceito estreito de Direito a que faz referência no capítulo nono de uma maneira que viesse a rejeitar a tese de que o Direito deve ser identificado a partir de suas fontes – isto é, de uma maneira que rejeitasse a tese expressa pela proposição (LP*)²⁴².

Conforme se pode denotar do até então exposto, não se trata de abandonar a abordagem descritiva em favor de um Positivismo normativo, mas de perceber que o aspecto

²⁴⁰ Hart, *CL*, p. 209. No texto original: “If we are to make a reasoned choice between these concepts, it must be because one is superior to the other in the way in which it will assist our theoretical inquiries, or advance or clarify our moral deliberations, or both.”

²⁴¹ Dickson, *MIJ*, p. 149.

²⁴² Gardner, *LLF*, p. 21. “(LP*) Em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela faz parte do Direito daquele sistema, [isso] depende de suas fontes, não de seus méritos (em que seus méritos, no sentido relevante, incluem os méritos de suas fontes).”

normativo do sistema jurídico é construído pelo participante a partir do ponto de vista interno. Como Toh bem defende, é possível um equilíbrio reflexivo entre teorias de primeira e segunda ordem, neste caso, entre uma teoria indiretamente avaliativa (ou descritiva) e uma tese normativa, a qual busca a justificação do Direito a partir do ponto de vista interno. Hart, nesse sentido, não se divorciou do tipo de teoria jurídica formulada por Bentham, como afirmam Waldron e Bustamante, dado que, afora sua teoria analítica, produziu obras de moralidade crítica.

Desse modo, entende-se possível defender a existência de um limite para o tipo de argumento moral que pode ser incorporado pelo Direito – que, segundo MacCormick,²⁴³ deve restringir a esfera moral do Direito aos deveres de justiça. Por conseguinte, o que se defende nessa dissertação é que há ainda espaço para uma análise descritiva do Direito, o que não é dizer que o aspecto normativo deva ser deixado de lado. Nesse diapasão, a posição de Dickson parece acertada, por defender uma teoria do Direito indiretamente avaliativa, relegando a análise da conveniência moral de seguir o Direito aos membros da comunidade jurídica. Na próxima seção, passaremos a nos debruçar especificamente sobre o aspecto normativo do Direito.

3.3 O aspecto normativo do Direito

No início dessa dissertação, apresentou-se o argumento de que o Positivismo Jurídico é incapaz de explicar os desacordos teóricos em Direito por estar comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato. Contudo, ao longo da exposição argumentamos que tal visão é distorcida, não compreendendo adequadamente o que o Positivismo Jurídico efetivamente é. Nas seções anteriores deste capítulo, defendemos o Positivismo da alegação de que ele é comprometido com a tese dos fatos sociais, bem como tratamos do espaço que uma abordagem descritiva deve ocupar na teoria jurídica. Na presente seção, passaremos a tratar do aspecto normativo do Direito, o qual é construído pelo participante a partir do ponto de vista interno.

Para tanto, será tomada como base a tese institucional de Neil MacCormick, por compreendermos que este autor é o que melhor adota e leva adiante o projeto de uma

²⁴³ MacCormick, *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*, p. 41.

sociologia descritiva de Hart. Pretende-se, dessa forma, corroborar o argumento de que a teoria positivista não está restrita a uma visão dos fundamentos do Direito como “simples fatos” (*plain facts*), uma vez que é compatível com a leitura do Direito como uma ordem normativa institucional. De tal modo, intenciona-se demonstrar que, compreendendo-se adequadamente a distinção entre ponto de vista interno e externo, é possível construir uma teoria do Direito que dê conta da descrição dos sistemas jurídicos, inclusive de seu aspecto normativo.

Destarte, MacCormick²⁴⁴ reputa que o mundo dos seres humanos inclui não apenas fatos e realidades puramente físicos, mas também fatos institucionais, possuindo, portanto, um conteúdo normativo. Esses são fatos que dependem da interpretação de coisas, eventos e comportamentos com referência a alguma moldura normativa (*normative framework*). Trata-se de realidades sociais completamente institucionais. Para interpretar-se um pedaço de plástico colorido e brilhante como um cartão de crédito, são necessárias informações que vão além desses fatos físicos, pressupondo-se um corpo formidável de regras jurídicas. Sem essas informações adicionais, o objeto físico não possuiria seu significado corrente. Para o autor escocês, é a interpretação das coisas e o seu uso à luz das regras relevantes que fazem com que objetos físicos (como o pedaço colorido de plástico) possuam o significado que possuem.

A noção filosófica de fatos institucionais está presente no Direito positivo, o qual é repleto de instituições, tais como o contrato, a propriedade, o casamento, o fideicomisso, as fundações e assim por diante. Além disso, o Direito também é institucional em um sentido sociológico, pois é administrado por instituições, a exemplo das cortes, das legislaturas, dos ministérios públicos e das forças policiais. No artigo “Law as Institutional Fact”, publicado na obra *An Institutional Theory of Law* (1986),²⁴⁵ MacCormick afirma que, para cada ônibus cheio de passageiros, além do objeto físico ônibus e dos passageiros palpáveis, há tantos contratos de transporte quanto for o número de passageiros. Essa não é uma questão de fato físico, fisiológico ou mesmo psicológico, uma vez que não é sequer necessário que o passageiro tenha consciência de estar realizando um contrato. Sem embargo, tal fato institucional (o contrato de transporte) ganhará relevância na hipótese de um acidente, e a verdade juridicamente banal e comumente desimportante e desconsiderada de que entrar em um ônibus e pagar a tarifa conclui um contrato se torna um fato central e significativo.

²⁴⁴ MacCormick, N. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory. Law, State, and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 11-13. Citado, a seguir, como *IL*.

²⁴⁵ MacCormick, Neil. Law as Institutional Fact. In. MacCormick, Neil; Weinberger, O. *An Institutional Theory of Law*. Oxford: Reidel Publishing Company, 1986, pp. 49-76.

MacCormick adota a noção de fato institucional de Searle²⁴⁶, o qual por sua vez afirma que uma proposição cuja verdade dependa não apenas da ocorrência no mundo de atos ou eventos, mas também da aplicação de regras a esses atos e eventos, constitui uma proposição sobre um fato institucional. Tais instituições possuem relação com, mas não são idênticas, às regras jurídicas. MacCormick critica que instituições como os contratos, a propriedade, o testamento, a personalidade jurídica, a responsabilidade civil e o casamento sejam relegadas pelos filósofos jurídicos à vala comum dos “conceitos jurídicos”. Isso porque o escrutínio isolado desses conceitos é prejudicial para a compreensão adequada dos sistemas jurídicos, defendendo MacCormick que tais conceitos são essenciais para a análise desses sistemas como conjuntos coerentes de regras jurídicas inter-relacionadas.

Por conseguinte, trata-se de uma discussão sobre como o Direito deve ser compreendido, a partir de uma análise sistêmica. Nessa linha, verifica-se, desde logo, que, a partir da concepção de MacCormick, há uma discussão sobre o que o Direito realmente é. Isso corrobora a visão ora defendida de que o Positivismo, diferente do que afirma Dworkin, pode compreender desacordos teóricos. A própria textura aberta do Direito de Hart,²⁴⁷ segundo a qual são possíveis diferentes interpretações dentro do sistema jurídico, já é indicativa da possibilidade de desacordos teóricos. MacCormick, na esteira de Hart, defende que, observando a moldura normativa, os institutos e a sistemática do Direito, a argumentação jurídica compreende diferentes possibilidades.

Além disso, MacCormick estabelece que, para que ocorra um caso de um instituto em um sistema jurídico, a prévia existência dessa instituição naquele sistema (por meio da criação de uma regra instituinte) é logicamente necessária. A expressão “institutos de Direito” deve ser compreendida como aqueles conceitos jurídicos que são regulados por conjuntos de regras instituintes, consequenciais e terminativas, com o efeito de que seus casos (por exemplo, a existência de um contrato) sejam considerados como existindo em um período de tempo, a partir da ocorrência de um evento ou ato instituinte e até a ocorrência de um ato ou evento terminativo, gerando as consequências estabelecidas pelas regras consequenciais. Nesse sentido, o autor considera importante esclarecer que o instituto em si (contrato ou casamento) é diferente da concretização (*instance*) desse instituto (*um* contrato ou *um* casamento), isto é, há prévia existência desse instituto no sistema jurídico, que poderá ser materializada no mundo dos fatos.

²⁴⁶ Searle, J. apud MacCormick, *Law as Institutional Fact*, p. 51.

²⁴⁷ Hart, *CL*, p. 124-136.

Para possibilitar uma melhor compreensão de sua teoria institucional, MacCormick busca esclarecer as noções de “normativo”, de “ordem” e de “institucionalidade”, por considerar que o Direito pertence ao gênero de “ordem normativa”, dentro do qual se encontra a espécie “ordem normativa institucional”. Para tanto, utiliza como exemplo uma instituição bastante simples, a de formar uma fila²⁴⁸. Filas são formadas cotidianamente e fazem parte da experiência comum do ser humano contemporâneo, podendo ocorrer de forma espontânea ou de forma mais organizada, por meio de uma intervenção oficial. A prática de “esperar a sua vez” gera um movimento organizado em que indivíduos mais fracos não são excluídos ou preteridos até que ninguém mais esteja tentando passar ou receber um serviço. A percepção geral é de que prevalecem a equidade (*fairness*) e a eficiência.

Não é necessário que a fila funcione perfeitamente para que ela funcione satisfatoriamente, sendo possível que exista uma prática bem-sucedida de formar filas, que pode até mesmo se constituir em um tipo de instituição social e moral, mesmo diante da ausência de uma conformidade perfeita a essa prática. Não obstante, um patamar mínimo de obediência se faz necessário, abaixo do qual a prática se tornaria insustentável. Caso maior parte dos indivíduos que eventualmente encontrarem-se em uma situação de competição por alguma oportunidade falhe em reconhecer a necessidade de esperar a sua vez, a atitude de uma ou algumas pessoas em respeitar a prática se torna um ato sem sentido de abnegação.

À vista disso, formar uma fila é um ato normativo, uma vez que as pessoas tomam essa atitude por acreditarem ser o que elas *devem* (*ought*) fazer naquele contexto. Neste ponto, a noção de dever denuncia a presença de um tipo de norma, que gera opiniões de caráter normativo, mesmo quando não existe uma formulação canônica da regra que todos possam citar como *a regra sobre formar filas*, uma vez que as pessoas sabem, de forma geral, formá-las, bem como apontar e protestar contra casos em que a fila é furada. A viabilidade da prática não depende da precisão de uma tentativa de formular em termos explícitos a norma de conduta implícita de formar filas.

Ademais, a formação de uma fila também fornece um exemplo de “ordem”, pois o posicionamento das pessoas em fila é organizado, não aleatório. Além disso, é uma ordem normativa, no sentido de que pode ser explicada apontando-se o fato de que seus atores guiam suas ações tomando como referência uma opinião sobre o que eles e os outros devem fazer, assumindo que os demais se orientam mais ou menos da mesma forma. Por ser uma prática interpretativa, a noção de “crença mútua” se torna relevante, dado que cada um lê a situação

²⁴⁸ MacCormick, *IL*, p. 14-20.

como imagina que os outros a estejam lendo, formando uma opinião com relação a essa leitura presumida, apesar de não ser necessário que essa opinião derive de uma deliberação reflexiva sobre a opinião dos demais.

Conquanto a prática de formar filas seja viável quando ausente um acordo explícito sobre o significado das normas que governam a prática, é ainda necessário que uma profunda comunhão de ideias subjacentes, ou ao menos uma ideia norteadora, esteja presente para tornar a prática inteligível. Na sociedade contemporânea, por exemplo, é possível que esse fundamento seja a noção de igualdade. A regra geral de que “o primeiro a chegar é primeiramente atendido” pode variar em nuance e detalhe em cada lugar ou situação, bem como possuir exceções, como a de que as crianças devem ser atendidas primeiro, ou as pessoas muito idosas, ou os veteranos de guerra deficientes, e assim por diante.

Tais variações ocasionam que pessoas diferentes, ao tentarem articular essa ideia de maneira mais concreta em uma dada situação, cheguem a formulações diferentes, todas razoáveis. Isso porque não se supõe necessário que exista uma formulação normativa única que atraia um acordo universal, nem que uma entre várias formulações razoáveis seja a única correta. A razão disso é que para uma prática como a da fila funcionar satisfatoriamente, necessita-se tão somente de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*), ou uma ampla comunhão de atitude, entre os participantes. O mesmo é válido no caso dos fundamentos do Direito, não sendo necessário que exista um acordo perfeito entre os oficiais do sistema jurídico a respeito da regra de reconhecimento, sendo suficiente a existência de um consenso sobreposto, o qual é, por conseguinte, compatível com a existência de desacordos teóricos sobre os fundamentos do Direito.

A partir do momento que uma norma não explícita passa a ser objeto de uma formulação institucional impositiva por parte de uma autoridade, o ato de formulação possui um efeito transformador, sendo concedido um caráter institucional à prática. Filas podem ser organizadas sob uma autoridade,²⁴⁹ como em aeroportos, bancos, escolas, por meio de distribuição de tíquetes ou sob a supervisão de algum funcionário. Quando isso ocorre, as normas que regulam a formação da fila deixam de ser implícitas, passando a ser expostas explicitamente por aqueles que fornecem o serviço. Ao contrário das normas ou convenções informais, as regras explícitas possuem um texto expressamente promulgado e sua interpretação envolve necessariamente atentar para as palavras utilizadas pelo criador da norma. Assim, enquanto as normas informais emergem da prática e sua interpretação precede

²⁴⁹ MacCormick, *IL*, p. 21-28.

a formulação da norma, no caso das regras expressamente emitidas, a interpretação sucede a formulação.

Por conseguinte, uma vez que se está diante de uma articulação explícita realizada por uma pessoa em posição de autoridade, passa a estar presente a ideia de regra. Essa formulação mais formal acaba gerando a necessidade de estabelecer, além das normas para formação da fila, normas sobre como devem ser decididos os impasses gerados por essas normas. Trata-se do que Hart denomina de passo do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico²⁵⁰, por meio da criação de regras secundárias. No caso de uma fila organizada por tíquetes, havendo uma regra explícita sobre quantas vezes um número deve ser chamado antes de se passar para o próximo, surge a necessidade do supervisor da fila decidir o que fazer quando uma pessoa aparecer depois de seu número já ter passado. Cada vez que se tenta reduzir a complexidade por meio de uma articulação explícita, acaba-se gerando novas complexidades com relação à nova regra.

Nesse sentido, quando uma autoridade decide um caso com base nas regras existentes, acrescentando uma explicação que interpreta um ponto da regra que gerava dúvida, acaba derivando uma norma de sua decisão, que pode ser denominada de regra implícita. Para evitar um regresso ao infinito, MacCormick supõe que, em última análise, algumas normas que conferem autoridade devem ser convencionais antes que institucionais.²⁵¹ Esse entendimento é totalmente compatível com a tese positivista de Hart, que sustenta que a regra de reconhecimento é convencional, no sentido de consistir em uma regra social. Essa convenção deve ser compreendida, como aqui já exposto, como formada por um consenso sobreposto entre os oficiais do sistema jurídico. Nesse sentido, não possui uma formulação única, sendo fruto de uma comunhão de ideias subjacentes por parte dos participantes do sistema jurídico, em especial de seus oficiais.

Conforme referido no início dessa seção, considera-se que MacCormick adota e leva adiante o projeto de Hart de uma sociologia descritiva, bem como que, compreendendo adequadamente a distinção entre os pontos de vista interno e externo, é capaz de dar conta do aspecto normativo do Direito. Isso é especialmente observável na seguinte passagem da obra *Institutions of Law*:

Nós finalmente entramos completamente no terreno da celebrada “regra de reconhecimento” de Hart. A teoria jurídica de Hart assenta no ápice de qualquer sistema jurídico a “regra de reconhecimento última”, a qual contém um conjunto

²⁵⁰ Hart, *CL*, p. 94.

²⁵¹ MacCormick, *IL*, p. 31-37.

ranqueado de “critérios de validade” do Direito. Esta regra, se existente, existe como **um fato social complexo acerca do reconhecimento mútuo de atitudes compartilhadas e recíprocas entre os oficiais superiores de um sistema jurídico**. Cada um desses oficiais superiores deve considerar a si e aos outros como obrigados a observar e a aplicar como Direito todas e apenas as regras que satisfizerem a um conjunto específico de critérios de validade. **Claramente, isto é normativo**. O critério diz o que deve ser aceito como Direito, não o que de fato é. Então um ato do Parlamento (por exemplo) já é Direito mesmo antes de qualquer corte ter sido chamada a aplicá-lo. Isso porque todos os juízes devem reconhecer que tudo o que o parlamento promulgar é válido como Direito, e deve ser aplicado como tal.²⁵² **(grifo nosso)**

Dito isto, retomando-se o exemplo de MacCormick, filas são frequentemente uma questão de ordem normativa informal, o que tem uma implicação interessante no tipo de informação que pode ser derivada da observação. Quando se enxerga um conjunto de pessoas em pé na margem de um lago, não se vê apenas isso. O que se observa pode ser inferido como uma fila de pessoas esperando uma lancha que as transportará para o outro lado. A informação factual é, pois, complementada por uma compreensão normativa:

De acordo com o emprego institucionalista (de qualquer maneira, o uso aqui proposto), nós podemos dizer que a existência de uma fila é uma questão de “fato institucional”, não meramente de um “fato bruto”. Nosso julgamento sobre o estado do mundo não se dá simplesmente em termos de fatos e relações puramente físicos, mas em termos de uma compreensão de tais fatos e relações como humanamente significativos porque imputáveis a normas de conduta humanas compartilhadas.²⁵³

Portanto, para MacCormick, sempre haverá uma compreensão normativa, seja de origem explícita ou implícita, que acarreta escolhas e julgamentos a partir de visões humanas compartilhadas. Além disso, sempre que se formulam essas regras, sobretudo as explícitas, apresentam-se novas complexidades, que podem implicar na formulação de novas regras. O equívoco da crítica de Dworkin contra o Positivismo Jurídico decorre de sua compreensão inadequada do significado da regra de reconhecimento de Hart, imputando à teoria positivista

²⁵² MacCormick, *IL*, p. 56. No texto original: “We have at last entered fully into the terrain of Hart’s celebrated ‘rule of recognition’. Hart’s legal theory places at the apex of any legal system the ‘ultimate rule of recognition’ which contains a ranked set of ‘criteria of validity’ of law. This rule if it exists at all exists as a complex social fact concerning the mutual acknowledgment of shared and reciprocal attitudes among the superior officials of a legal system. These superior officials must each regard themselves and others as obligated to observe and apply all, and only, the rules that satisfy a specific set of criteria of validity. Clearly, this is normative. The criteria say what ought to be accepted as law, not what is in fact. So an Act of Parliament (for example) is already law even before any Court has been called upon to apply it. For all judges have to acknowledge that whatever parliament enacts is valid as law, and ought to be applied as such.”

²⁵³ MacCormick, *IL*, p. 31. No texto original: “According to the institutionalist usage (at any rate, the usage proposed here), we may say that the existence of a queue is a matter of ‘institutional fact’, not simply one of ‘brute fact’. Our judgement of the state of the world is not simply in terms of pure physical facts and relationships, but in terms of an understanding of such facts and relationships as humanly meaningful because imputable to shared human norms of conduct.”

a ideia equivocada de que os fundamentos do Direito devem ser objetos de um consenso perfeito, o que impossibilitaria a ocorrência de desacordos teóricos genuínos dentro da teoria do Positivismo Jurídico. No entanto, como resta aclarado diante da tese dos fatos institucionais de MacCormick, um consenso sobreposto é suficiente para que se forme uma instituição, como ocorre com a prática social da fila.

Neste ponto, torna-se relevante analisar mais detidamente a questão do fundamento da autoridade do Direito, de maneira a melhor compreender-se o argumento de MacCormick. Para tanto, interessante trazer à baila o “paradoxo da possibilidade” (*possibility puzzle*), apresentado por Shapiro em *Legality*.²⁵⁴ Para Shapiro, a invenção do Direito é ainda um enigma, pois para ter poder jurídico alguém já deve ter poder jurídico. Para ilustrar o problema, apresenta uma metáfora para a invenção do Direito, na qual um ancião, Lex, propõe à comunidade que ele tenha o poder de criar e modificar regras. Opõe-se apenas o filósofo da vila, Phil, argumentando que é necessário haver uma regra preexistente que dê a Lex o poder de criar leis, mas que ninguém possui o poder de criá-la. A comunidade, ignorando Phil, fez nascer o Direito.

Shapiro²⁵⁵ transpõe este argumento à constituição dos Estados Unidos e questiona qual foi a lei que conferiu aos Estados a autoridade para ratificar a constituição. O artigo VII desta constituição não resolve a questão, por ser uma parte dela, dado que uma constituição não pode conferir a autoridade para sua própria ratificação. Esta argumentação leva à circularidade ou ao regresso infinito. No entanto, é justamente este tipo de autoridade última que deve ser encontrada para que reivindicações de autoridade jurídica sejam verdadeiras. Trata-se de um clássico problema do ovo e da galinha, segundo o qual, de um lado, todas as galinhas devem nascer de ovos de galinha e, de outro, apenas galinhas podem botar ovos de galinha. Diante disso, em um universo finito não poderiam existir nem galinhas nem ovos de galinha, pois a existência de um pressupõe a existência do outro.

No paradoxo da possibilidade do Direito, as normas que conferem poder jurídico seriam os “ovos”, enquanto aqueles com poder de criar as normas jurídicas seriam as “galinhas”. Nessa linha, alguém possui o poder de criar normas jurídicas apenas se uma norma existente conferir este poder (princípio do ovo), bem como uma norma conferindo poder para criar normas jurídicas existirá apenas se alguém com poder de fazê-lo a criar (princípio da galinha). Disso se segue que a existência da norma pressupõe a existência da autoridade, e vice-versa. Shapiro esboça várias soluções possíveis ao paradoxo da

²⁵⁴ Shapiro, *Legality*, p. 37-9.

²⁵⁵ Shapiro, *Legality*, p. 39-42.

possibilidade, que desafia a ideia de que a autoridade jurídica é possível, buscando fazer cessar o regresso ao infinito. Uma forma de rejeitar o princípio do ovo é encontrar alguém cujo poder não derive de uma norma – uma “autoridade última”. Outra maneira é encontrar a “norma última”, uma norma que confira poder sem ter sido criada por alguém com poder similar, rejeitando-se o princípio da galinha.

A diferença entre Positivismo Jurídico e Direito Natural, para Shapiro, reside na maneira como cada vertente resolve o paradigma da possibilidade. Na visão do Direito Natural, a existência da autoridade jurídica repousaria em fatos morais. Já na visão positivista, essa autoridade residiria em fatos sociais. Conforme Shapiro, na vertente do Direito Natural, uma estratégia popular seria tomar Deus como a autoridade última. Na perspectiva clássica do Direito Natural, Deus criou a lei natural que confere o direito legal aos legisladores para legislarem. Teóricos modernos do Direito Natural, com uma visão pós-iluminista, entendem que o povo tem a autoridade moral para direcionar sua vida comunitária como entenderem melhor. Esse direito de soberania derivaria das regras ou princípios de moralidade política. A autoridade jurídica deve, em última instância, derivar de uma norma moral.²⁵⁶

Já na linha positivista, Shapiro²⁵⁷ reputa que a visão de John Austin é de que a autoridade jurídica reside na força bruta, sendo derivada da habilidade do soberano de coagir os demais a conformarem-se ao seu desejo. O soberano é uma autoridade última, pois seu poder reside no fato social de ser habitualmente obedecido e de não obedecer habitualmente a ninguém. Outra solução positivista seria argumentar que todas as instâncias da autoridade jurídica são rastreáveis a uma regra social. Segundo a leitura de Shapiro acerca da obra de Hart, essas regras seriam produto de uma prática estabelecida de deferência, sendo as regras fundamentais do sistema jurídico normas últimas que residem puramente em fatos sociais.

Shapiro esclarece que o paradoxo da possibilidade é uma forma de tentar resolver a seguinte questão: “Qual é o fundamento último da autoridade jurídica, fatos sociais apenas ou também fatos morais?”²⁵⁸ Percebe-se que essa formulação é bastante semelhante àquilo que Shapiro aponta como a questão central do debate Hart-Dworkin, com a qual foi encerrado o primeiro capítulo desta dissertação: “É o Direito fundamentado, em última análise, apenas em fatos sociais, ou os fatos morais também determinam a existência e o conteúdo do

²⁵⁶ Shapiro, *Legality*, p. 43

²⁵⁷ Shapiro, *Legality*, p. 43-4.

²⁵⁸ Shapiro, *Legality*, p. 45. No texto original: “On what does legal authority ultimately rest, social facts alone or moral facts as well?”

Direito?”.²⁵⁹ Em que pese se critique a formulação destes questionamentos por parte de Shapiro – que peca por sua compreensão inadequada da diferença entre o ponto de vista interno e externo – ambos preocupam-se com o espaço que pode ser ocupado pela moralidade no campo jurídico e com as consequências que a resposta a essas questões traz para a possibilidade de uma teoria do Direito positivista.

Para Shapiro,²⁶⁰ se os positivistas estiverem corretos, se torna necessário engajar-se em uma investigação sociológica para poder determinar as regras fundamentais do sistema jurídico, enquanto, estando corretos os jusnaturalista, bastaria o engajamento em uma argumentação moral. Restando aparente que a solução do paradigma da possibilidade possui conexão com a argumentação jurídica, Shapiro retoma sua história sobre a invenção do Direito para demonstrar o problema que isto traz para o Positivismo jurídico.

Tendo Lex escolhido seu filho Positivo para herdar o trono, em detrimento de seu outro filho, Natural, este último aproveita uma ocasião de descontentamento da população para questionar a autoridade de Positivo, opondo contra ele o paradigma da possibilidade da autoridade jurídica. Em resposta, Positivo alegou que sua autoridade jurídica reside no seu poder político, isto é, possuindo a habilidade de punir quem não obedecer, possui o direito de impor-lhes uma obrigação de obediência. Natural, por sua vez, argumentou que o mero fato que Positivo pode puni-lo é apenas um fato descritivo sobre o mundo, não gerando um dever de obediência. Conclui fazendo referência à lei de Hume, dizendo que, uma vez que ninguém pode derivar um dever ser de um ser, não poderia estar juridicamente obrigado a escutar a Positivo.

Aceitando a objeção anterior, Positivo ofereceu uma resposta alternativa, segundo a qual a autoridade jurídica deriva da prática da deferência entre os membros do grupo. Assim, possuiria autoridade para obrigar em virtude de todos considerarem que ele possuía essa autoridade. Natural, em oposição, insistiu no argumento de que Positivo estava derivando uma proposição normativa de uma proposição descritiva. No final da história, ficando sem resposta, Positivo decidiu executar o irmão.

A partir dessa história, Shapiro afirma que a objeção de Natural pode ser aplicada a todas as formas de Positivismo. Isso porque, de acordo com o Positivismo, o conteúdo do Direito seria determinado, em última análise, apenas por fatos sociais. Para conhecer o Direito é necessário derivar a informação exclusivamente do conhecimento de fatos sociais. Contudo,

²⁵⁹ Shapiro, *HDD*, p. 54. No texto original: “Is the law ultimately grounded in social facts, or moral facts also determine the existence and content of the law?”

²⁶⁰ Shapiro, *Legality*, p. 45-47.

o conhecimento do Direito é normativo, enquanto o conhecimento de fatos sociais é descritivo. O Positivismo, dessa forma, violaria a lei de Hume. Segundo essa lei, conclusões normativas não podem ser derivadas exclusivamente de premissas descritivas. Assim, para um juízo normativo ser a conclusão, ao menos um juízo normativo deve estar entre as premissas. Shapiro entende que o Positivismo autoriza o teórico a derivar juízos normativos sobre direitos e deveres a partir de juízos descritivos sobre fatos sociais. O Direito Natural, por sua vez, fazendo referência a fatos morais, isto é, a juízos normativos sobre moralidade, não violaria a lei de Hume.

No entanto, Gardner²⁶¹ enxerga a regra de reconhecimento de Hart como a solução ao paradigma da possibilidade de Shapiro. Afirma que a regra de reconhecimento última do sistema jurídico é responsável por identificar as instituições de poder inerente, as quais são reguladas pela constituição. Tal regra de reconhecimento não pode ser promulgada ou formulada de forma canônica, não podendo fazer parte da legislação. Por conseguinte, existe apenas na prática dos oficiais, sendo o que Bentham denomina de lei costumeira *in foro* (*costumar law in foro*).²⁶² Qualquer tentativa de criar uma regra de reconhecimento última por meio da legislação requereria a existência de um legislador superior com poder de conferir um poder inerente ou original. Contudo, isto seria uma contradição, gerando um regresso ao infinito, fazendo com que se caísse no problema expresso pelo paradigma da possibilidade. Para ser uma regra última, e não apenas uma regra de poder delegado, a regra de reconhecimento não pode ser legislada.

Defende-se aqui que a interpretação de Shapiro acerca da tese dos fatos sociais deriva de uma compreensão inadequada da diferença entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno. Como foi argumentado na primeira seção deste capítulo, fatos sociais empiricamente verificáveis por alguém que observe o Direito a partir do ponto de vista externo não geram juízos normativos sobre o Direito. A regra de reconhecimento de Hart não é fundamentada em fatos sociais, dado que o fundamento da autoridade do Direito não reside na observação de fatos empíricos, mas na atitude dos participantes da prática jurídica, os quais interpretam o Direito a partir do ponto de vista interno.

Sem receio de gerar tautologia, uma vez que a compreensão deste ponto é de fundamental relevância para o presente argumento, reitera-se que o que dá fundamento de validade a um juízo jurídico de primeira ordem é a atitude dos membros da comunidade, que se reconhecem em uma regra particular e dão deferência a ela. Como é possível depreender a

²⁶¹ Gardner, *LLF*, p. 101-102.

²⁶² A este respeito, ver Gardner, *LLF*, p. 65-74.

partir do exemplo da prática social da fila de MacCormick, os participantes do sistema jurídico utilizam a regra de reconhecimento, desde um ponto de vista crítico reflexivo, como um fundamento normativo para justificar seus juízos de primeira ordem. Isto é, formulam e compreendem a regra de reconhecimento a partir de um consenso sobreposto assente no plano normativo, logo, no plano do dever ser. Com efeito, a teoria jurídica positivista e, em especial, a regra de reconhecimento de Hart, não violam a lei de Hume, uma vez que esta última não deriva seu fundamento de validade de premissas meramente descritivas, ou, para relembrar a terminologia de Dworkin, não se traduz em uma simples questão de fato sobre os fundamentos do Direito.

Superada essa questão, em artigo sobre autoridade publicado na obra *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*,²⁶³ Shapiro apresenta ainda outro desafio no que tange à autoridade do Direito. Trata-se de um desafio proposto pelos adeptos do anarquismo filosófico, segundo o qual, quando a autoridade está equivocada, ela não pode possuir o poder de obrigar os outros e, de outro lado, quando ela está correta, seu poder de obrigar não possui significado. Dessa maneira, a instituição da autoridade seria ou vazia ou perniciosa.

Segundo Shapiro, para Robert Paul Wolf, seguidor dessa corrente de pensamento, autoridade legítima e autonomia moral são logicamente incompatíveis. Diferenciando poder de autoridade, Wolf afirma que, enquanto ter poder é possuir a habilidade de compelir conformidade, possuir autoridade é possuir o direito de governar. Dentro da noção de autoridade, é possível possuí-la em dois sentidos: possuindo-se o direito moral de governar (de jure *authority*), ou apenas sendo considerado como uma autoridade legítima (de facto *authority*). Ocorre que, para Wolf, enquanto possuir autoridade é ter o direito de ser obedecido, a obrigação primária do ser humano é a autonomia, ou seja, a recusa de ser governado. Nessa linha, um agente autônomo jamais poderia se submeter à autoridade.²⁶⁴

Contudo, Shapiro considera que uma autonomia completa não é uma opção viável, pois traria um encargo demasiado ao agente moral, que se veria obrigado a deliberar sobre todas as ações morais. Aponta que Kant não considerava autoridade e autonomia como incompatíveis, defendendo que, apesar de um cidadão não poder se recusar a pagar seus

²⁶³ Shapiro, Scott J. Authority. In. COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. (Org.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Online Publication Date: Sep. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0010>> Acesso em: 1º dez. 2015, p. 2.

²⁶⁴ Shapiro, Authority, p. 3-4.

impostos, é admissível que ele manifeste publicamente seu pensamento sobre a impropriedade ou até mesmo sobre a injustiça de tal medida.²⁶⁵

Outrossim, ainda a respeito do fundamento da autoridade do sistema jurídico, Gardner²⁶⁶ reporta que tanto Raz quanto Alexy acreditam que o Direito fazer uma reivindicação moral integra a própria natureza do Direito. Nesse sentido, Raz afirma que o Direito reivindica autoridade moral, enquanto Alexy reputa que ele reivindica correção moral. Com base nisso, Gardner propõe a tese de que “o engajamento com normas morais é uma parte inescapável da natureza racional, e, portanto, da natureza humana”, a qual dá o nome de “tese da inescapabilidade moral” (*inescapable morality thesis*), ou simplesmente (IM).²⁶⁷ Além disso, propõe uma segunda formulação, a “tese da escapabilidade do Direito” (*escapable law thesis*), ou (EL): “O engajamento com normas jurídicas não é uma parte inescapável da natureza racional, e, portanto, da natureza humana.”²⁶⁸

Percebe-se, desde logo, a semelhança entre a tese (EL) e a tese sustentada por (LP*), exposta no capítulo anterior, pois a mera existência de uma norma jurídica válida segundo suas fontes não é uma razão inescapável para agir em conformidade com ela. A norma jurídica apenas será inescapável se ela se mostrar acertada em sua pretensão moral. Isto se dá em virtude de que, enquanto a ideia de uma norma moral injustificada é paradoxal, uma norma jurídica injustificada é sempre uma possibilidade presente. Como referido, a existência de normas jurídicas válidas deixa em aberto a questão de se elas devem ser usadas como guias de conduta (*guides to action*).²⁶⁹

Uma vez que o Direito faz uma reivindicação moral de autoridade legítima, Gardner considera que as normas jurídicas constituem uma norma moral putativa, pois pretendem resolver algum problema moral. Com base em Finnis, Gardner sustenta que o Direito, por sua natureza, tem um objetivo moral, qual seja a solução de problemas morais. Se bem-sucedida, a norma jurídica é absorvida pela moral, passando a ser também uma norma moral, a qual será inescapável segundo (IM). Uma vez reconhecida como integrante do escopo moral, a norma jurídica passa a ser obrigatória para aqueles que a reconhecerem como tal.²⁷⁰

Retomando o desafio do anarquismo filosófico, para clarificar o problema, Shapiro adota a terminologia de Hart, segundo a qual as diretivas autoritativas são razões para agir

²⁶⁵ Shapiro, *Authority*, p. 5.

²⁶⁶ Gardner, *LLF*, p. 125.

²⁶⁷ Gardner, *LLF*, p. 150.

²⁶⁸ Gardner, *LLF*, p. 160.

²⁶⁹ Gardner, *LLF*, p. 161.

²⁷⁰ Gardner, *LLF*, p. 162.

peremptórias e independentes de conteúdo. Em outras palavras, são razões que excluem a deliberação e que têm o caráter de razões por terem sido ordenadas, não por serem justificáveis independentemente. O agente autônomo, por sua vez, seria aquele que reconhece que as únicas razões para agir são ou dependentes de conteúdo ou não peremptórias.²⁷¹ A partir disso, parece possível concluir que um agente moralmente autônomo apenas seguirá o Direito quando reconhecer nele uma norma moral.

Todavia, Shapiro²⁷² entende que Raz fornece uma solução ao desafio de que a autoridade é ou vazia ou perniciosa, ao entender a autoridade como um serviço, no sentido de que o governante possuirá autoridade se servir a seus súditos, possuindo a tarefa de mediar entre as pessoas e as razões que se aplicam a elas. Assim, a autoridade será legítima quando ela satisfizer a necessidade dos súditos, os quais se sairão melhor se seguirem as diretivas do que se tentassem se adequar sozinhos à balança das razões. Com isso, Raz entende que todas as diretivas da autoridade devem basear-se em razões que se aplicam aos sujeitos independentemente, sendo razões dependentes de conteúdo.

As diretivas autoritativas são, segundo Raz, não só razões para agir em conformidade com o seu conteúdo, mas também razões que substituem (*pre-empt*) outras razões, sendo uma razão para não agir com base em outras razões. Nesse caso, a obediência deve ocorrer mesmo quando o sujeito pensar que a diretiva está errada, uma vez que, acreditando o sujeito que seguindo a autoridade ele irá se conformar melhor à balança das razões, torna-se necessário que ele siga a todas as diretivas da autoridade. Isso elimina a aparente contradição entre a autonomia moral do sujeito – que, para Raz, é um princípio da razão prática – e a obediência à autoridade.

Desta discussão deriva ainda a questão do caso central do Direito (*law's central case*).²⁷³ Para Finnis, mesmo que as pessoas possam seguir o Direito pelo mais variado conjunto de razões – como é o caso do juiz anarquista de Raz, que deseja subverter o sistema de dentro – estas não integram os casos paradigmáticos. Aqueles que seguem o Direito por considerarem as normas jurídicas como moralmente vinculantes constituem um caso mais central daquilo que se entende por um seguidor do Direito do que aqueles que o fazem por outras razões quaisquer. Fazendo um paralelo com a solução de Raz ao desafio da autoridade do anarquismo filosófico, um sujeito que segue a autoridade – e, com isso, o Direito – por

²⁷¹ Shapiro, *Authority*, p. 5-6.

²⁷² Shapiro, *Authority*, p. 13-17.

²⁷³ Finnis, John. *Natural law and natural rights*. 2nd ed. London: Oxford University Press, 2011, p. 13-4.

acreditar que, fazendo isso, terá mais chances de se conformar à balança das razões, constitui um caso mais central do que alguém que siga o Direito por outro motivo qualquer.

Com base nisto, Gardner defende que um Direito moralmente bem-sucedido é um caso mais central de Direito do que aquele que não o for. Não se pode, portanto, ser indiferente com relação a sistemas jurídicos morais e imorais. Tomar o sistema jurídico nazista ou a lei sul-africana sobre o apartheid como exemplo não constituiria uma boa ilustração do caso central.²⁷⁴ Shapiro, por outro lado, sustenta que o Direito Natural não é capaz de fornecer uma boa explicação para a existência da autoridade jurídica em sistemas jurídicos maldosos, problema resolvido pelo Positivismo Jurídico.²⁷⁵ Em contrapartida, Gardner sustenta que é justamente o fato de o Direito imoral ser de fato Direito que faz com que ele deva ser como o Direito deve ser, isto é, moralmente bem-sucedido.²⁷⁶ Não se trata, pois, de negar a possibilidade de existirem sistemas jurídicos maldosos, mas de considerá-los casos limítrofes do conceito de Direito.

Neste ponto, MacCormick adota uma posição intermediária entre as clássicas visões do Positivismo e do Direito Natural. MacCormick sustenta que Direito e moralidade são conceitualmente distintos, justificando sua afirmação no argumento de que o Direito se dirige ao agente moral de maneira *ab extra*, sendo sempre ao menos relativamente heterônomo.²⁷⁷ Contudo, apesar de sustentar uma posição tradicionalmente compatível com a doutrina positivista, entende que, em alguns casos limítrofes, como os há pouco referidos, o sistema jurídico é de tal maneira deturpado que não é capaz de justificar sua autoridade de qualquer maneira. Discute a possibilidade de que o total abandono de qualquer pretensão de justiça leve um Direito já corrompido ao ponto de se tornar um não Direito, um Direito falido, constituindo-se em mera tirania ou até simples anarquia.²⁷⁸

MacCormick considera que este ponto é atingido quando o que é feito sob o rótulo de Direito não pode ser justificado sob qualquer concepção possível de justiça que pudesse ser razoavelmente adotada ou defendida por pessoas razoáveis dispostas a submeter os seus juízos ao escrutínio crítico. Nesse ponto, defende que o que é feito na forma de regras e práticas de governo não poderia mais contar como Direito. Dado que, na prática, o ponto de se traçar a linha entre Direito e não Direito é extremamente vago, MacCormick defende a importância da noção de direitos humanos fundamentais presentes em constituições e

²⁷⁴ Gardner, *LLF*, p. 163-4.

²⁷⁵ Shapiro, *Legality*, op. cit., p. 49.

²⁷⁶ Gardner, *LLF*, p. 164.

²⁷⁷ MacCormick, *IL*, p. 261.

²⁷⁸ MacCormick, *IL*, p. 272.

declarações de direitos internacionais. Nesse diapasão, cita a Corte Europeia de Direitos Humanos como uma instituição supranacional capaz de estabelecer um conjunto positivo de limites à noção de Direito. Entende que nenhum sistema jurídico nacional é legitimamente vinculativo como Direito se for julgado por um tribunal deste tipo como violando qualquer direito humano fundamental estabelecido em alguma convenção internacional.²⁷⁹

Nessa toada, tanto MacCormick²⁸⁰ quanto Gardner²⁸¹ reconhecem como acertado que o Direito necessariamente reivindica ser justo, bem como que seria politicamente auto derrotável dar a uma lei um nome como “Ato de Administração da Injustiça”. Para MacCormick, a questão vai além, defendendo que toda legislação deve expressar uma concepção de justiça coerente, ainda que contestável. Entende que é necessário que seja possível interpretar as leis como orientadas ao bem comum daqueles que estão sujeitos a elas, bem como que a busca por bens específicos ocorra dentro dos limites de uma concepção razoável de justiça.

Esta exigência de reivindicação moral do Direito é tal que Gardner reputa que, enquanto a moralidade é vinculativa em razão da natureza humana – uma vez que reconhecemos algo como uma norma moral, comprometer-se com ela é inescapável –, o Direito apenas é capaz de vincular em razão da moralidade.²⁸² Segundo MacCormick, mesmo durante o domínio nazista, em nenhum momento se tentou oferecer uma justificação pública ou mesmo foi reconhecida a existência do programa de extermínio. Isso porque existem coisas que os seres humanos são capazes de fazer, apesar de não serem capazes de admitir, e certamente não o podem admitir como algo realizado em nome e por meio das formas do Direito. Disso MacCormick conclui que, em que pese a existência de uma distinção conceitual entre Direito institucional e moralidade autônoma, existe um mínimo moral que deve ser satisfeito por qualquer coisa que possa ser reconhecida como Direito.²⁸³

Como se pôde perceber ao longo desta seção, a noção de fatos institucionais oferece uma maneira de enxergar o Positivismo Jurídico que é compatível com a possibilidade de desacordos teóricos genuínos. Apesar de MacCormick autodenominar-se, no prefácio da obra *Institutions of Law*, um pós-positivista, isso por si só não impossibilita o aproveitamento de sua tese na elaboração de uma defesa do Positivismo Jurídico, pois, como restou

²⁷⁹ MacCormick, *IL*, p. 273-274.

²⁸⁰ MacCormick, *IL*, p. 275-277.

²⁸¹ Gardner, *LLF*, p. 140.

²⁸² Gardner, *LLF*, p. 175.

²⁸³ MacCormick, *IL*, p. 277.

demonstrado, sua tese dos fatos institucionais é compatível com a teoria positivista de Hart, podendo ser utilizada como chave de leitura para a obra *The Concept of Law*.

Claudio Michelin²⁸⁴ entende que a melhor maneira de compreender a visão específica de MacCormick do Direito como razão prática seria vê-la como uma tentativa de fornecer um meio termo entre o ultrarracionalismo de Dworkin e o voluntarismo exagerado da maioria dos positivistas epistêmicos. Enquanto a visão de Dworkin tornaria obscuro o fato de que o Direito é uma instituição criada por decisões sociais contingentes de atores sociais e da comunidade como um todo, o Positivismo seria incapaz de enxergar o fato de que o Direito só possui sentido a partir de uma concepção ampla de razão prática, isto é, que o processo de tomada de decisão no âmbito jurídico deve ser visto como parte de uma tomada de decisão racional.

Dizer que o Direito é institucional significa aceitar a realidade de suas fontes jurídicas como objetos que devem sua existência à incidência de regras institutivas e terminativas, as quais são por sua vez criadas por uma comunidade em particular com a intenção de influenciar a razão prática de seus membros. Desta forma, os fatos institucionais são objetos que podem ser descritos com um nível apropriado tanto de detalhe quanto de abstração, e que, além disso, devem ser incorporados no raciocínio prático dos atores sociais relevantes.

Segundo Michelin²⁸⁵, é desta forma que MacCormick busca explicar como o Direito pode ser entendido de maneira descritiva, como Hart propôs realizar no prefácio de *The Concept of Law*, e de maneira prescritiva, como parte integral de uma razão prática, portanto, compatível com a possibilidade de desacordos teóricos genuínos em Direito. Nessa linha, o próprio MacCormick descreve sua empreitada como pós-positivista, mas não anti-positivista, sendo que sua teoria institucional do Direito se inspira tanto em correntes de pensamento autoproclamadas positivistas quanto em ideias de teorias do Direito Natural.²⁸⁶

Ao longo deste capítulo demonstramos que as críticas de Dworkin ao Positivismo de Hart se fundam substancialmente em sua incapacidade de compreender adequadamente a distinção entre os pontos de vista interno e externo, a qual restou caracterizada com base em Toh e d'Almeida. Na sequência, com base em Dickson, defendeu-se o papel de uma teoria descritiva para a filosofia jurídica contemporânea, buscando-se a reconciliação entre as

²⁸⁴ Michelin, Claudio. MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason. *Diritto & Questioni Pubbliche*, Palermo, v 9, p. 53-62. 2010.

²⁸⁵ Michelin, MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason, p. 61-62.

²⁸⁶ MacCormick, *IL*, p. 279.

correntes do Positivismo descritivo e do Positivismo normativo. Por fim, ao lado de MacCormick, procedeu-se a uma análise do aspecto normativo de Direito, corroborando-se a visão de que a regra de reconhecimento é compatível com a possibilidade de desacordos teóricos genuínos acerca dos fundamentos do Direito, bem como discutiu-se o fundamento da autoridade do Direito, o qual, conforme o entendimento de Raz, faz uma reivindicação moral de autoridade legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo dessa dissertação foi a discussão do papel de uma teoria geral do Direito descritiva no cenário da teoria jurídica atual. Para que esse tipo de teoria pudesse desempenhar algum papel, foi primeiramente necessário demonstrar de modo argumentativo que as teorias analíticas não eram fulminadas pelas críticas disparadas por Dworkin em suas obras *Taking Rights Seriously* e *Law's Empire*. Dessa forma, optou-se por tomar estas críticas como o ponto de partida do trabalho, destinando-se o seu primeiro capítulo para sua reconstrução.

Para fins de análise, tais críticas foram divididas em duas frentes de ataque. A primeira consistiu no argumento de que o Positivismo vê o Direito como um sistema de regras, sendo incapaz de dar conta da existência de princípios. Com isso, a teoria positivista abriria caminho para, nos pontos em que o Direito gerasse dúvida em função de sua textura aberta, que os julgadores se utilizassem da discricionariedade judicial em sentido forte para decidir. Dworkin rejeitava esta forma de enxergar o Direito, supostamente adotada pelo Positivismo, por defender que sempre existe uma única resposta correta para os casos controversos.

Esta primeira frente de ataque foi razoavelmente bem respondida pelos autores positivistas citados no segundo capítulo dessa dissertação, tanto os que adotaram um viés inclusivista quanto os que optaram pelo exclusivismo. Há de se lembrar que o próprio Hart, em seu posfácio, reputou que sua teoria é compatível com a existência de princípios, cuja inclusão em um sistema jurídico dependerá da maneira como foi formulada sua regra de reconhecimento.

A segunda frente de ataque consistiu em uma reformulação do argumento por parte de Dworkin, que percebeu as falhas de sua primeira formulação e elaborou uma crítica mais robusta com relação ao Positivismo Jurídico. Esta teve como base a ideia de que a regra de reconhecimento de Hart depende de uma convenção entre os oficiais responsáveis por aplicar as regras do sistema jurídico, que, no entender de Dworkin, precisa consistir em um consenso perfeito. Demonstrando, por meio da análise de julgados das cortes americanas, que os juízes divergem sobre o conteúdo da regra de reconhecimento – o que Dworkin denominou de

desacordos teóricos sobre os fundamentos do Direito – argumentou que este fato refuta o Positivismo. À suposta necessidade um acordo perfeito entre os oficiais Dworkin conferiu o título de visão do Direito como simples questão de fato (*plain fact view*), sendo que essa tese também recebeu o título de tese dos fatos sociais.

Aliado a esse argumento Dworkin apresenta o aguilhão semântico, o qual forneceria o motivo para o Positivismo ser comprometido com a *plain fact view*, consistindo na noção de que o Positivismo é uma teoria semântica sobre o significado da palavra “direito”, sendo adepto de uma semântica criterial que estabelece os critérios de utilização desse termo. Para Dworkin, a utilização de critérios diferentes tornaria o diálogo impossível, ocasionando que os interlocutores apenas falassem um através do outro.

Esta dissertação optou por dar mais atenção ao conjunto do argumento sobre a segunda frente de ataque de Dworkin, independentemente da suposta razão para a adoção dessa tese dos fatos sociais. Entende-se que, apesar de a refutação do argumento do aguilhão semântico não afastar a crítica da *plain fact view*, conforme argumentado por Shapiro, o oposto é verdadeiro, sendo que afastar por completo a noção de que o Direito é comprometido com uma visão do Direito como simples questão de fato é capaz de afastar consigo o aguilhão semântico, dado que esse argumento fornece uma hipótese explicativa para o fenômeno da *plain fact view*.

A correta compreensão da distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo faz perceber que a regra de reconhecimento apenas é uma questão de fato quando tomada a partir do ponto de vista externo. Não obstante, sob o ponto de vista interno, os participantes do sistema jurídico utilizam a regra de reconhecimento como um fundamento normativo para justificar seus juízos de primeira ordem. Logo, não é verdadeira a crítica de Dworkin de que não seriam possíveis desacordos teóricos genuínos acerca dos fundamentos do Direito, dado que a regra de reconhecimento seria fruto de um acordo, uma vez que, como bem observou MacCormick, a regra de reconhecimento é fruto de um consenso sobreposto entre os participantes da prática jurídica, não sendo necessário um acordo perfeito ou uma formulação única da regra de reconhecimento para o funcionamento do sistema jurídico.

Conforme mencionado na introdução, compreendemos que combater as críticas de Dworkin ao Positivismo descritivo não implica necessariamente em refutar sua teoria como um todo, haja vista que Dworkin apenas tomou sua crítica a Hart como um ponto de partida para elaborar sua própria teoria. Sua intenção nada mais era do que demonstrar que sua teoria interpretativa era uma maneira nova de enxergar o Direito que resolvia problemas que as teses

anteriores não davam conta. O recorte aqui empregado deixou de fora do escopo de discussão a procedência da teoria interpretativa de Dworkin.

Como se deixou implícito ao longo deste texto, para a teoria de Dworkin ser válida não é necessário que o Positivismo descritivo seja refutado. Isso porque o Positivismo visa explicar a existência e o funcionamento dos sistemas jurídicos, constituindo-se em um projeto de sociologia descritiva, enquanto o interpretativismo de Dworkin consiste em uma teoria da decisão judicial, isto é, uma teoria sobre como devem se dar as decisões judiciais dentro dos sistemas jurídicos. As duas abordagens se mostram compatíveis a partir do momento que se compreende que a regra de reconhecimento de Hart, que estabelece os critérios de validade das demais regras do sistema jurídico, não possui seu fundamento em fatos empíricos. Logo, considerando-se o ponto de vista interno, conclui-se que o Positivismo Jurídico não deriva um dever ser de um ser, não violando, portanto, a Lei de Hume. Não subsistem, pois, as críticas de Dworkin.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. (1832) Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995

BUSTAMANTE, Thomas. A breve História do Positivismo Descritivo. O que Resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 307-327, mar. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v20n1.p307-327>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In. _____ (Org.) *Hart's Postscript*. Essays on the postscript to The Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-147.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. The Grounds of Law, p. 1-19. Manuscrito inédito (Maio 2014).

DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Legal Theory Today. General editor: Professor John Gardner. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DICKSON, Julie. Methodology in Jurisprudence: a critical survey. *Legal Theory*, Cambridge, v. 10, n. 3, p. 117-156, 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1017/S1352325204040200>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. With a new appendix, a response to critics. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press, 1986.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press, 2011.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009 (1930).

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Jurists: Profiles in Legal Theory. 3ed. Stanford: Stanford University Press, 2012.

HART, H.L.A. *Law, Liberty and Morality*. London: Oxford University Press, 1963.

_____. *The Morality of Criminal Law*. London: Oxford University Press, 1965.

_____. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

_____. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. *O conceito de direito*. Com um Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução de Marcalo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Virgílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. In: _____. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

_____. *The Concept of Law*. Third Edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003.

MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, v. 20, n. 1, p. 1-41, 1985. Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/vulr/vol20/iss1/1>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

_____. Law as Institutional Fact. In. MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law*. Oxford: Reidel Publishing Company, 1986.

_____. *Questioning Sovereignty*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

_____. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. Law, State, and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. *H.L.A. Hart*. Jurists: Profiles in Legal Theory. 2ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELON, Claudio. MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason. *Diritto & Questioni Pubbliche*, Palermo, v 9, p. 53-62. 2010.

RAZ, Joseph. Legal Positivism and the Sources of Law. In. _____. *The Authority of Law*. Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 37-52.

_____. Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. In. *Between Authority and Interpretation: on the theory of law and practical reason*. London: Oxford University Press, 2009.

SHAPIRO, Scott J. Authority. In. COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. (Org.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Online Publication Date: Sep. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0010>> Acesso em: 1º dez. 2015.

_____. The Hart-Dworkin Debate: a short guide for the perplexed. (February 2, 2007). University of Michigan Public Law Working Paper No. 77. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=968657>> Acesso em: 08 out. 2015.

_____. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

TOH, Kevin. An Argument Against the Social Fact Thesis (and Some Additional Preliminary Steps Towards a New Conception of Legal Positivism). *Law and Philosophy*, [S.l.], v. 27, p. 445-504, 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27652662>> Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Jurisprudential Theories and and First-Order Legal Judgments. *Philosophy Compass*, [S.l.], v. 8, n. 5, p. 457-471, 2013.

WALDROM, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In. COLEMAN, Jules (Org.) *Hart's Postscript*. Essays on the postscript to *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 411-433.