

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA
RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A
SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO”**

**THE DEBATE BETWEEN DWORKIN AND HART: AN ANALYSIS OF THE
RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALS IN "TAKING RIGHTS
SERIOUSLY" AND "THE CONCEPT OF LAW"**

Anna Laura Maneschy Fadel ¹
Jean Carlos Dias ²

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, especificamente em sua obra “Levando os direitos a sério”, publicada em 1977, ao livro “O Conceito do Direito”, de H. L. A Hart, publicado em 1961. Pode-se afirmar que a teoria contemporânea do direito tem como marco inicial, justamente, o objeto deste artigo, Por essa razão, considera-se relevante expor o início de tal debate, centrando-se nas primeiras críticas de Dworkin à Hart, em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart.

Palavras-chave: Teoria do direito, Positivismo jurídico, Pós-positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as object of study the debate between Ronald Dworkin, specifically in "Taking rights seriously", published in 1977, to the book "The concept of Law", H.L.A. Hart, published in 1961 . It can be said that the contemporary theory of law has as its starting point, precisely, the object of this article. For this reason, it is considered important to expose the beginning of the debate, focusing on the early reviews of Dworkin to Hart, in particular, the three theses on what would be the legal positivism and contrast them with Hart's ideals.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Legal positivism, Post-positivism

¹ Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento regional – Centro Universitário do Pará. Advogada.

² Doutor e Mestre pela UFPA. Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela UNESA. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Coordenador do Programa) do CESUPA. Advogado.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin (e o seu Pós-Positivismo Jurídico), especificamente em sua obra “Levando os direitos a sério”, publicada em 1977, a qual se originou, na verdade, de uma coletânea de artigos que vinham sido publicados desde a década de 60, a qual fazia críticas ao Positivismo Jurídico, em especial, ao livro “O Conceito do Direito”, de H. L. A Hart, publicado em 1961.

Pode-se afirmar que a Teoria contemporânea do Direito tem como marco inicial, o debate travado entre Dworkin e Hart. Por essa razão, considera-se relevante expor o início de tal debate, centrando-se nas primeiras críticas de Dworkin à Hart, em “Levando os direitos a sério”, especificamente, as expostas nos capítulos 1 e 2 (Modelo de Regras e Princípios I e II). E, em seguida, apresentar as respostas de Hart às mesmas, tendo como base o pós-escrito de o Conceito do Direito, no qual o autor refuta as preposições formuladas por Dworkin.

Para tanto, no primeiro item do presente artigo, expor-se-ão as críticas de Dworkin em “Levando os direitos a sério” ao Positivismo Jurídico de Hart. Inicialmente, apresentou-se a introdução da referida obra e as pretensões do autor em elaborar uma Teoria completa do Direito, em consonância ao modelo político liberal, proposto pelo autor. As críticas, per si, centram-se nas três teses formuladas pelo autor americano sobre o que seria o Positivismo Jurídico. Na oportunidade, explicar-se-á cada uma destas, conforme os argumentos sustentados por Dworkin.

No item seguinte, apresentar-se-á a resposta de Hart às críticas de Dworkin, a partir de uma breve introdução da teoria de Hart e, também, demonstrando os argumentos deste no seu pós-escrito, ao que Dworkin suscitou. A resposta de Hart, concernente a este artigo, centra-se em afastar as três teses construídas por Dworkin.

Portanto, primeiro, será externado o que Hart compreendia como discricionariedade judicial e a “criação” do Direito nos casos difíceis. Em seguida, a explicitação do que é a regra de reconhecimento, opondo-se a denominação de “teste de pedigree” elaborada por Dworkin. E, como último tópico, afastar a crítica de que o Direito não pode estar relacionado, de forma alguma, com a moral.

Dessa maneira, podem-se ser citados três eixos principais que serão discutidos, neste artigo, tendo como plano de fundo, o debate travado por Hart e Dworkin: a validade da norma jurídica, a discricionariedade judicial e a relação entre a moral e o direito.

Por fim, a partir da construção teórica abordada, serão feitas as considerações finais do artigo, explicitando os principais pontos sustentados e conclusões de Dworkin e Hart.

1. CRÍTICAS DE RONALD DWORKIN EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” (INTERPRETATIVISMO) AO POSITIVISMO JURÍDICO DE H. L. A. HART

Para o objetivo do presente artigo, entende-se fundamental a exposição das críticas de Dworkin (e o seu Pós-Positivismo) em sua obra “Levando os direitos a sério (1977)”, na verdade uma coletânea de artigos que vinham sido publicados desde a década de 60, à teoria de H. L. A. Hart, “O Conceito do Direito”, de H. L. A. Hart, publicada, originalmente, em 1961.

Em um primeiro momento, como indica Shapiro (2007), o debate entre Dworkin e Hart está centrado em uma das discussões mais profundas na Teoria do Direito, a relação entre legalidade e moral. Por esse motivo, a estratégia principal de Dworkin é a de argumentar que, invariavelmente, a legalidade não é determinada por fatos sociais apenas, mas, também, por fatos morais.

Isto contraria, ou melhor, desafia a imagem que o Positivismo Jurídico possui sobre a natureza da lei, na qual a legalidade não é determinada pela moralidade, mas, sim, pela prática social. A referida ideia, de acordo com Shapiro (2007), pode ser tornar contraditória, haja vista que se os juízes devem considerar o que a moralidade exige, a fim de decidir o que a lei, por sua vez, exige, fatos sociais por si só não pode determinar o conteúdo da lei.

Após essa primeira consideração, deve ficar claro que Dworkin rejeita o modelo descritivo do ordenamento jurídico, criticando diretamente a teoria de Hart, por considerar que “a simples distinção entre avaliação e descrição enfraqueceu a teoria jurídica” (HART, 2012, p. 303). De princípio, a pretensão de Dworkin é elaborar uma teoria liberal do Direito, não apenas pautada em uma perspectiva descritiva, mas que corresponda a essa concepção política específica. Portanto, para o autor norte-americano, não se tratava mais de:

“(...) constatar apenas que um sistema de direito contém lacunas, antinomias ou, finalmente, que as regras jurídicas levantam frequentemente dificuldades de interpretação, mas sim, mais profunda, de questionar a fiabilidade do modelo de subsunção de um caso concreto sob uma regra jurídica, tal como preconiza o Positivismo Jurídico” (BILLIER; MARYOLI, 2001, p. 330), isto seria, tão somente o “convencionalismo.

Nesse contexto, na introdução de “Levando Direitos a sério”, Dworkin sublinha que a teoria do direito deve se preocupar com dois aspectos, o primeiro relacionado ao que o direito é e o segundo, como ele deve ser, sendo esta, segundo Dworkin, uma teoria completa do

Direito (teoria legislativa, teoria da jurisdição e teoria da obediência da lei). Isto porque, segundo o autor norte-americano, o *conceito de direito*, nunca poderá ser independente de uma *concepção de direito* e da justiça (BILLIER; MARYOLI, 2001).

Dworkin caracteriza o esqueleto básico do Positivismo como: O direito de uma comunidade como um conjunto de regras utilizadas para determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Tais regras podem ser identificadas e classificadas a partir de critérios específicos de testes, relacionados ao seu pedigree (da validade de uma regra) ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Usados para diferenciar regras jurídicas válidas, das espúrias; das morais (DWORKIN, 2002).

A concepção liberal de Dworkin afirma que os direitos subjetivos, pertencentes aos indivíduos de uma comunidade, não são definidos por uma convenção, ou seja, por uma norma, eis que os mesmos são anteriores e independentes das leis, das instituições e do próprio Estado. Logo, é por essa razão que o autor refuta a noção positivista de direitos, já que os direitos devem estar, necessariamente, juridicamente formulados; como uma forma de restrição dos mesmos (contraria à ideia de direitos preexistentes). Note-se que a refutação de Dworkin ao Positivismo é muito mais política, em função que a própria concepção ideológica do liberalismo não poderia se sustentar nesse paradigma.

Outrossim, “antes do direito como um sistema de regras, existe a ideia de direito, o direito como justiça. Uma regra jurídica faz sempre sentido por corresponder à satisfação de um interesse material, a um valor, a uma finalidade ou a um princípio” (BILLIER; MARYOLI, 2001, p. 353).

Assim, depois de fixados esses pontos, esclarece-se que o debate entre Hart e Dworkin é, em essência, acerca do que confere a validade do Direito. Portanto, para compreendê-lo, faz-se necessário expor as críticas levantadas por Dworkin e ao Positivismo Jurídico, em especial, aquilo que está estabelecido nos capítulos 2, 3 e 4 da obra em questão.

1.1. OS MODELOS DE REGRAS I E II

Dworkin inicia este capítulo realizando questionamentos acerca da natureza do Direito e das consequentes divergências a respeito do mesmo, pelo fato de que há concepções morais e políticas diversas, as quais podem ser resolvidas através da interpretação. Contudo, uma teoria interpretativa apenas pode ser estruturada se houver uma concepção jurídica e moral única, a qual, na opinião de Dworkin, é o liberalismo (DWORKIN, 2002).

Dessa forma, a aplicação de uma determinada regra jurídica nunca se dará se forma “irreflectiva”, pelo contrário, ao ser aplicada, a mesma fará sentido tanto com o caso concreto quanto à história da prática social, que, aos poucos, foi absorvida como uma concepção de justiça (BILLIER; MARYOLI, 2001).

A concepção do Positivismo acerca de direitos e obrigações, segundo Dworkin, é dividida em três teses (as quais serão citadas na língua original para uma abordagem mais fidedigna), as quais devem ser refutadas pela sua teoria liberal que parte da tese dos direitos. As mesmas são elencadas da seguinte forma:

(1) “The law of a community 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”¹

(2) “The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law,’ so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seem 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’”²

(3) “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”³ (DWORKIN, 2002, p. 17).

O primeiro ponto é o de que os indivíduos têm apenas direitos e obrigações estipuladas por regras positivadas, ou melhor, só há direito e obrigações quando são emanadas de uma instituição; o que confronta com a ideia do autor de que existem direitos preexistentes (teoria liberal do direito).

O segundo é a de que essas regras devem ser, necessariamente, provenientes de uma autoridade institucional. Então, para Dworkin, o conceito de validade está baseado na origem dessa norma, não no seu conteúdo (não faz análise de sua utilidade, justiça ou moralidade e etc), sendo este o critério único de validade da regra jurídica.

A partir disso, Dworkin repreende a concepção de validade formulada por Hart, a qual denomina de “teste de *pedigree*”, em função de, supostamente, essas normas não estarem

¹ (1) “As leis de uma comunidade podem ser identificadas e distinguidas por critérios específicos, por meio de testes que tem a ver não com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou da maneira em que eles estavam adotadas ou desenvolvidas” (tradução nossa).

² (2) “O conjunto destas regras legais válidas é exaustiva de ‘a lei’, de modo que, se o caso de alguém que não está claramente coberto por uma tal regra (porque não há ninguém que parece adequado, ou aqueles que parecem apropriadas são vagos, ou por algum outro motivo), então nesse caso, não pode ser decidido por “aplicação da lei.” deve ser decidido por algum funcionário, como um juiz”, exercendo o seu poder de apreciação” (tradução nossa).

³ (3) “Dizer que alguém tem uma “obrigação legal” é dizer que seu caso cai sob uma norma jurídica válida que requer que ele faça ou de deixar de fazer algo” (tradução nossa).

ligados ao conteúdo, mas a sua aplicabilidade por fontes sociais autorizadas. Portanto, um sistema pautado, exclusivamente, em regras é incapaz de dirimir os conflitos ou, também, a decidir de forma injusta. Nesse sentido, Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 66) é enfático ao afirmar que:

(...) mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento.

A terceira tese é a da discricionariedade judicial, a qual preleciona que em um caso onde não houvesse uma regra jurídica específica a ser aplicada ou que não há clareza na sua aplicação, o juiz poderia valer-se de sua discricionariedade para julgar o caso em questão, já que as regras não são capazes de prever todas as situações da vida real (DWORKIN, 2002). Percebe-se que não há nenhum direito preexistente que afirme quem possui razão, caberá ao juiz realizar essa determinação (DWORKIN, 2002).

Dessa maneira, essas três teses sobre o Positivismo Jurídico entram em confronto com a teoria liberal proposta por Dworkin, eis que caso essas normas não emanem de uma fonte jurídica autorizada, em outros termos, que não passe pelo “*teste de pedigree*”, esta não poderá ser utilizada, mesmo que possua conteúdo moral relevante (DWORKIN, 2002).

Assim, Dworkin explicita que a teoria de Hart se funda na classificação de dois tipos de normas: as primárias e as secundárias. As normas primárias são aquelas que exigem do indivíduo uma determinada conduta ou abstenção (normas que impõem deveres), são também chamadas de “regras do tipo básico” (HART, 2012).

Por outro lado, as normas secundárias são intituladas de “parasitárias”, em função de criarem, modificarem e aperfeiçoarem as normas primárias (HART, 2012). Além disso, subdividem-se em: regras de julgamento⁴ (remédio para a ineficácia), alteração⁵ (remédio para a estática) e reconhecimento (remédio para a incerteza do regime das regras primárias).

As regras de reconhecimento são aquelas que indicam quais normas jurídicas são válidas em uma sociedade, a partir de um caráter fático, tendo em vista que a mesma se manifesta através da percepção de quais normas são aplicadas nos órgãos e nos tribunais (HART, 2012).

⁴ Segundo o próprio Hart: “regras secundárias que instituem o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade sobre se numa determinada ocasião, uma norma primária foi violada ou não” (HART, H. L. A., 2012, p. 102).

⁵ De acordo com os ensinamentos de Hart: “confere poderes a um indivíduo ou a um grupo deles para introduzirem novas regras primárias e para eliminar regras antigas” (HART, H. L. A., 2012, p.103).

Na compreensão que Dworkin faz sobre as regras de reconhecimento, considera-as como “válidas porque alguma instituição competente as promulgou” (DWORKIN, 2002, p. 65). Assim, uma norma pode ser considerada obrigatória ou porque é aceita ou porque é válida (DWORKIN, 2002). Por consequência, o sistema jurídico descrito por Hart era “composto por regras, cujo critério de validade não decorria de seu conteúdo, mas sim de sua adequação aos critérios propostos por uma norma de reconhecimento” (PEREIRA, 2015).

A estas preposições, Dworkin possui duas argumentações distintas quanto à refutação das três teses do Positivismo Jurídico, a primeira é a importância dos princípios para resolução de casos difíceis – os quais não necessitam passar por um “*teste de pedigree*”, mas são juridicamente válidos – e a segunda, é a apresentação das concepções de discricionariedade propostas pelo autor.

Outrossim, com a finalidade de reiterar seu posicionamento de que um ordenamento jurídico não é capaz de chegar a uma resposta moralmente aceitável quando é estruturado, exclusivamente, por regras, reconta a história de dois casos distintos *Riggs vs Palmer* e *Henningsen vs Bloomfield Motors, Inc.*, intitulados de “*hard cases*” (casos difíceis), afirmando que os princípios têm um papel de maior relevância no ordenamento jurídico (e de obrigatoriedade), mesmo quando não escritos.

No primeiro caso, tem-se o relato de um neto que mata o seu avô, a fim de herdar seu patrimônio. Todavia, mesmo que pelo sistema de regras, o neto teria o direito legal de herdar a fortuna do avô, o tribunal competente decidiu que o mesmo não era o herdeiro legítimo, com base no princípio de que “ninguém pode se beneficiar de seus próprios delitos” (DWORKIN, 2002, p. 46).

No segundo caso, trata-se de uma relação consumerista na qual o sr. Henningsen, ao comprar seu veículo automotor, assinou um contrato afirmando que o fabricante tinha responsabilidade no tocante ao “conserto das partes defeituosas” (DWORKIN, 2002, p. 38), substituindo qualquer tipo de garantia quanto quaisquer outras obrigações e responsabilidades.

No entanto, por defeito de uma das peças do veículo, sofreu um grave acidente e demandou em juízo que fosse estendida a responsabilidade do fabricante, para que arcasse com as despesas médicas e demais decorrências do acontecido. Ao decidir o caso, o tribunal afirmou que, mesmo que não escritos, há princípios que devem ser resguardados e atendidos em todas as relações jurídicas. Assim, decidiu em favor do consumidor, determinando que a empresa indenizasse-o proporcionalmente (DWORKIN, 2002, p. 38-39).

Em ambos os casos, há um ponto em comum, de que apesar de existirem regras jurídicas postas, as mesmas não foram aplicadas no caso concreto pelos Tribunais. Além disso, estas não foram consideradas arbitrárias, já que foram fundamentados em padrões jurídicos aceitáveis. Contudo, sublinha-se que os padrões aplicados não eram outras regras jurídicas, mas, sim, princípios jurídicos considerados como plenamente válidos no ordenamento jurídico. O motivo pelo qual são aplicáveis é porque derivam da prática jurídica existente (capítulo IV) ou pelo seu peso moral (capítulo II).

Desse modo, estes padrões foram aplicados mesmo sem que estes tenham passado por um teste de origem dessas normas, haja vista que não foram, necessariamente, produzidas por uma autoridade institucional, mas, sim, válidas em razão de seu conteúdo moral (DWORKIN, 2002). Portanto, considera a possibilidade de criação de uma obrigação jurídica “*ex post facto*”.

A partir disso, Dworkin diferencia regras e princípios, através, primeiramente, do seu método de aplicação. As regras são aplicadas dentro da lógica do “tudo-ou-nada”, por subsunção, já os princípios são aplicados de acordo com “âmbito de incidência”; “a dimensão do peso e da importância” (DWORKIN, 2002, p. 42).

Contudo, não há razões conclusivas para sua aplicação, deve haver uma melhor análise das circunstâncias, por meio da técnica da “ponderação”. Além disso, a sua não aplicação em um determinado concreto, não significa que o mesmo será excluído do mundo jurídico. Nesse diapasão, Shapiro (2007) esclarece que:

When a valid rule applies in a given case, it is conclusive or, as a lawyer would say, “dispositive.” Because valid rules are conclusive reasons for action, they cannot conflict. If two rules conflict, then one of them cannot be a valid rule. By contrast, principles do not dispose of the cases to which they apply. They lend justificatory support to various courses of actions, but they are not necessarily conclusive. Valid principles, therefore, may conflict and typically do. Moreover, in contrast to rules, principles have “weight.” When valid principles conflict, the proper method for resolving the conflict is to select the position that is supported by the principles that have the greatest aggregate weight. (SHAPIRO, 2007, p. 9).

Ademais, as regras são respeitadas de acordo com a fonte de quem a instituiu, enquanto a validade dos princípios deriva do seu próprio conteúdo e de suas concepções ligadas aos ideais de moral e justiça (DWORKIN, 2002).

Por fim, critica a suposta discricionariedade judicial (no caso, arbitrariedade, na opinião, de Dworkin), proposta pela teoria de Hart, diante dos casos difíceis (casos em que não há uma descrição positivada a ser aplicada). Nessa linha argumentativa, Dworkin crê que os positivistas entendem a discricionariedade judicial da seguinte forma:

(...) é o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes (DWORKIN, 2002, p. 45).

Assim, declara que os positivistas negam que os princípios sejam regras válidas acima do direito (por, justamente não serem regras positivadas), não passando de “padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário” (DWORKIN, 2002, p. 63).

Nesse contexto, Dworkin apresenta, através da sua concepção de discricionariedade judicial, a teoria da “única resposta correta”, na qual uma decisão judicial só faz sentido, dentro do sistema jurídico, um critério jurídico único e superior.

Em síntese, como sustentado por Shapiro (2007), há duas razões levantadas por Dworkin que justificam porque o “*teste de pedigree*” deve ser rejeitado: Em primeiro lugar, os princípios jurídicos são, por vezes, obrigatórios para os juízes simplesmente porque estão de acordo com suas propriedades morais intrínsecas e não por causa de seu pedigree (origem da norma). Segundo, mesmo quando esses princípios são obrigatórios em virtude de seu pedigree, não é possível formular uma regra estável que escolhe um princípio com base no seu grau de apoio institucional. Por consequência, Dworkin conclui que o Positivismo Legal deve ser rejeitado como uma Teoria do Direito adequada.

Pelo que foi exposto nesse item, é possível perceber duas críticas centrais, de maneira geral, presentes na tese de Dworkin:

- a) Os positivistas negam a existência e importância dos princípios no ordenamento jurídico, sendo este formado, exclusivamente por um conjunto de regras. Por sua vez, estas regras serão consideradas válidas quando forem aprovadas pelo teste de *pedigree* realizado, unicamente, pelas autoridades institucionais (ou seja, apenas sob o ponto de vista formal e não de conteúdo);
- b) Quando as regras válidas pertencentes ao sistema jurídico são incapazes de resolver os casos difíceis, poderá o juiz fazer jus de seu juízo de discricionariedade, de forma indiscriminada.

Estas duas conclusões-chave guiarão a resposta do item seguinte, limitando-se a apresentar as respostas do Positivismo Jurídico ao desafio lançado por Dworkin em “Levando os Direitos a sério”.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO DE H. L. A. HART EM RESPOSTA ÀS CRÍTICAS FORMULADAS POR RONALD DWORKIN (TEORIA DESCRITIVA)

A obra “O Conceito do Direito”, publicado em 1961, foi um importante marco na Teoria do Direito, eis que rompe com um modelo de tradição adotado pelo Positivismo Jurídico (especialmente, com o modelo imperativo, Positivismo tradicional, proposto por Austin e Bentham), inaugurando, assim, a expressão: “O Positivismo antes de Hart e o Positivismo após Hart”. Ao analisar os sistemas jurídicos contemporâneos, considera-os como complexos e analisa-os sob uma nova perspectiva, na qual a lei se caracteriza como uma regra social, afastando a tradição de cumprimento por mera coação (conjunto de ordens ou comandos com base em ameaças que são dirigidos se um soberano a um súdito).

Após o desafio lançado por Dworkin em “Levando os direitos a sério”, H. L.A. Hart realizou um Pós-escrito de sua obra “O Conceito do Direito”, a fim de reagir à desaprovação às acepções expostas em sua tese, publicado 32 (trinta e dois) anos após a publicação original.

Dessa maneira, de acordo com Leslie Green (1957), a teoria de Hart foi inovadora de duas maneiras, a primeira foi a de que sua teoria foi capaz de se desvencilhar da teoria imperativa da lei, do estudo analítico da linguagem e de filosofias morais não-cognitvistas. Assim como, sua teoria trouxe uma nova caracterização à tese positivista, através da Separação do Direito e da Moral.

De imediato, deve-se sublinhar que o marco metodológico da teoria de Dworkin e de Hart é, completamente, distinto. Portanto, percebe-se que há uma diferença fundamental de propósitos, além da metodologia adotada pelos teóricos.

Nesse sentido, Hart esclarece que o objetivo de sua teoria é o de responder “o que é o Direito”, que seja, ao mesmo tempo, “geral e descritiva” (HART, 2012, p. 300). Este a caracteriza como “geral” pelo fato de que não está relacionada a um sistema ou a uma cultura jurídica específica, mas, tão-somente, tentar explicar e clarificar a demonstração do Direito como uma instituição social e política complexa, regida por “regras”, atribuindo-lhe natureza normativo-descritiva (HART, 2012).

Por esse motivo, Hart simplesmente possui, em consonância com Shapiro (2007), a intenção de se referir a padrões que são obrigatórios em um determinado sistema jurídico e têm como função a orientação e avaliação de conduta.

Para este autor positivista, as regras jurídicas possuem uma consequência previsível e organizada, sendo que isto que as diferencia, em regra geral, dos comportamentos humanos habituais, como o hábito dos ingleses de irem ao cinema semanalmente (HART, 2012).

A teoria de Hart é descritiva, ou seja, preocupa-se, tão-somente, em descrever “como o Direito é”, sem fazer qualquer juízo de valor quanto ao conteúdo das normas (“como o Direito deveria ser”), enquanto que Dworkin, cuja concepção é radicalmente diferente, desenvolve uma teoria interpretativa do Direito (mesmo que aperfeiçoada posteriormente nas demais obras), ligada, invariavelmente, à atividade judicial – atividade do intérprete -, valendo-se de uma metodologia específica do fenômeno jurídico (COELHO, 2014).

Assim, a teoria de Hart é concebida, em parte, como uma “teoria de avaliação e de justificação e como dirigida a uma cultura jurídica concreta, que é usualmente a própria cultura do teorizador”, tratando-se de Dworkin, seu objeto é, por óbvio, o Direito Anglo-Saxão (HART, 2012, p. 302).

A teoria interpretativa de Dworkin realiza um processo de avaliação, em função de identificar os princípios que melhor se ajustam às práticas jurídicas do sistema ao qual está inserido ou que, por outro lado, demonstrem determinada coerência moral com o mesmo, através de um processo, também, de justificação (HART, 2012).

Outrossim, Hart reconhece a sua teoria como “moralmente neutra e sem propósitos de justificação” (HART, 2012, p. 301), eis que não busca, de maneira alguma, recomendar ou justificar um modelo jurídico a ser seguido, seja por razões morais ou quaisquer outros motivos. Apesar de o autor reconhecer, como ponto preliminar, que a crítica moral a um ordenamento jurídico seja útil.

Além disso, teoria hartiana debruça-se sobre questões relativas à natureza das regras, por exemplo, diferenciando-as de hábitos ou mero comportamento, assim como se dá a relação entre as mesmas e se há diferenças entre estas. Tais questionamentos possibilitaram examinar o sentido da autoridade das regras (regras baseadas em ameaça) e como se dá o seu cumprimento. Por isso, foi possível a classificação das regras em conceitos distintos, tais como: regras que impõe deveres, regras de reconhecimento, regras de alteração, pontos de vista internos e externos (HART, 2012).

2.1. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM HART

Ademais, quanto à discussão da discricionariedade judicial, nem seria preciso afirmar que a questão central do debate não gira em torno dessa questão. Isto porque, Hart e Dworkin discordam sobre se os juízes têm forte poder discricionário em casos difíceis. No entanto, essa disputa deriva-se de que: ambos os lados têm suas posições sobre a discricionariedade judicial por causa de suas diferentes teorias sobre a natureza do direito (SHAPIRO, 2007).

Essas divergências quanto à atuação judicial podem ser resumidas no fato que, para Hart, os juízes devem, por vezes, exercer forte discricionariedade, porque ele considera o Direito aqueles padrões socialmente designados como autoritário. Dworkin, por outro lado, acredita que os juízes não têm forte discricionariedade, precisamente porque ele nega a centralidade da orientação social determinar a existência ou o conteúdo das normas legais (SHAPIRO, 2007). Dworkin apresenta no seu modelo de regras, que o Direito, por ser formado também por princípios, e estes não terem necessidade de possuir relação direta com uma orientação social do passado (e mesmo que tenham), são vinculados por seu conteúdo moral – sendo vinculativos, também, à atuação judicial.

Entretanto, Hart nega a tese da “única resposta correta”, tal qual propunha Dworkin, já que, a partir da sua análise da discricionariedade, considera que os juízes “criam” o Direito, ou seja, acredita que o juiz fará uma escolha ao decidir os casos difíceis (quando a legislação posta não é capaz de solucionar o caso concreto) como se apreende do excerto do pós-escrito, a seguir:

Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado (HART, 2012, p. 338).

Logo, resta evidente que Hart não defende um modelo sedimentado na ideia do “tudo-ou-nada”, como pressupunha Dworkin, eis que considera que há casos em que as regras jurídicas são incapazes de dar uma resposta satisfatória. Assim como, “não defende que os juízes sejam meros “boca da lei”” (SILVA, 2015, p. 137). Na verdade, talvez a crítica de Dworkin ao modelo de aplicação de regras do Positivismo, do “tudo-ou-nada”, seja inaplicável à teoria positivista, visto que o mesmo pressupõe que se trata de um mesmo modelo de regras de sua teoria.

O ordenamento jurídico, para Hart, não é composto apenas por regras e regido apenas pela técnica da subsunção, o que se deve sustentar é a própria aversão de Hart às práticas do Formalismo Jurídico, diante dos casos de *zona de penumbra*⁶. A referida tradição jurídica

⁶ “A zona de penumbra é uma área de incerteza sobre a qual surgem problemas que não são facilmente resolvidos pelos casos padrão”. SILVA, DAVI. Hart e a defesa do Positivismo por meio da tese da separação

afirma que a “decisão correta é aquela que melhor aplica a dedução de uma regra preexistente, pois ele tem a pretensão de que o direito consiga abarcar todas as possibilidades de maneira apriorística” (SILVA, 2015, p.136).

Nesse sentido, afirma Hart que as regras possuem um núcleo indiscutível, que consegue ser aplicado facilmente em casos fáceis. Entretanto, em casos complexos, tais regras deverão ser interpretadas por juízes. Dessa forma, as regras não preveem tudo. Por isso que para estes, as regras devem ser consideradas fontes do Direito e não parte do próprio (HART, 2012).

Demais disso, caracteriza essas regras jurídicas como possuidoras de uma textura aberta – retomando a tese de Friedrich Waissman respeitante à filosofia da linguagem (BILLIER; MARYOLI, 2001) -, ou seja, não haverá um consenso sobre o que elas significam, cabendo ao intérprete a função de realizar essa escolha. Assim, “a questão de saber se é possível aplicar a regra dependente, no fim das contas, são os objetivos que perseguidos pelo legislador que a estabeleceu” (BILLIER; MARYOLI, 2001, p. 339).

Logo, quanto às formulações linguísticas das regras jurídicas, haverá, na maioria das vezes, uma “penumbra” sobre sua aplicação. Por esse motivo, além de uma análise descritiva e avaliatória da norma prescrita, deve-se compreender o contexto na sua aplicação. Portanto, a teoria de Hart ao mesmo tempo em que nega o formalismo estrito do positivismo jurídico tradicional – e o método silogístico-, afasta o cepticismo dos realistas no que tange à natureza das regras jurídicas (BILLIER; MARYOLI, 2001).

Nessa mesma linha argumentativa, Shapiro (2007) defende que o debate entre Hart e Dworkin não diz respeito se o Direito contém princípios, assim como regras. Esta não pode ser a questão a ser debatida porque ele nunca foi um problema. Ao contrário da interpretação de Dworkin, Hart não abraçou o modelo de regras, prescrito por Dworkin, seja explícita ou implicitamente.

2.2. A REGRA DE RECONHECIMENTO E A REFUTAÇÃO DO “TESTE DE PEDIGREE”

A teoria descritiva de Hart estabelece que a chave do Direito é, justamente, a combinação das regras primárias e secundárias, renegando a teoria da ordem coercitiva baseada em ameaças, como sustentou Austin. As regras primárias ou do tipo básico, que

entre direito e moral. In: O Pensamento Jurídico Contemporâneo/ Coordenação Jean Carlos Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 136.

exigem do ser humana uma conduta, ou uma abstenção, independente de suas vontades (HART, 2012).

As regras secundárias ou parasitas em relação às regras primárias: criar novas regras primárias, extinguir ou modificar regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação⁷. As primárias impõem deveres, enquanto que a secundárias (reconhecimento, alteração e julgamento) atribuem poderes públicos ou privados (HART, 2012). Nesse contexto, Hart preleciona que:

(...) essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável (HART, 2012, p. 104).

A regra de reconhecimento⁸ é o que confere validade ao ordenamento jurídico, como um remédio para a incerteza das normas primárias. Assim, as regras deixam de ser um conjunto discreto e desconexo, passando a estabelecer um modelo de interação unificada (HART, 2012). Em complemento ao exposto, a norma de reconhecimento é um fato – aquilo que uma determinada sociedade estabeleceu como um modelo, podendo ser formal ou substancial.

Desse modo, onde quer que uma regra de reconhecimento seja aceita, tanto os cidadãos, como autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação (HART, 2012).

No que concerne à regra de reconhecimento e a interpretação de Dworkin quanto ao “teste de *pedigree*”, deve-se esclarecer que Hart não delimitou critérios de como a comunidade jurídica deveria determinar a aplicabilidade das regras, nem quanto ao conteúdo e nem mesmo quanto à forma.

Pelo contrário, o que Hart faz é interligar a ideia de regra de reconhecimento ao mínimo de eficiência, como se percebe do excerto: “reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, como o modo adequado à eliminação das

⁷ (..) “as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários” (HART, 2012, p. 128).

⁸ (..) “porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida” (HART, 2012, p. 114).

dúvidas acerca da existência da regra” (HART, 2012, p. 104). Não há qualquer impedimento, por exemplo, que a norma de reconhecimento possua cunho moral.

Nesse sentido, em especial no pós-escrito, Hart irá refutar a hipótese levantada por Dworkin de que a regra de reconhecimento seria um exemplo de “positivismo meramente factual” (HART, 2012, p. 309), limitando-a ao modo com que essas leis são adotadas ou criadas pelas instituições jurídicas, não realizando qualquer julgamento quanto ao seu conteúdo. Ao contrário do que Dworkin afirma, de que a regra de reconhecimento seria um “*teste de pedigree*”, ou seja, uma análise da origem/fonte de uma determinada regra jurídica, Hart a considera como uma prática jurídica, na qual se possam reconhecer as regras válidas.

O argumento de Hart é o de que em alguns sistemas jurídicos, como nos Estados Unidos, “os critérios últimos de validade jurídica podem incorporar explicitamente, para além de *pedigree*, princípios de justiça e valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais” (HART, 2012, p. 309). Por esse motivo, Hart se denomina como um positivista moderado (HART, 2012, p. 312).

A norma de reconhecimento, para autores como Coleman (1991), fornece “an epistemic function to the extent it specifies conditions of identification, validity, and authority. The rule of recognition serves an ontological or semantic function to the extent that it specifies existence and truth conditions” (COLEMAN, 1991, p. 709).

Ao se analisar a crítica da discricionariedade judicial nos casos difíceis, ou como intitula Hart, “casos juridicamente não previstos ou não regulados” (HART, 2012, p. 335), e a suposta arbitrariedade dos juízes no momento da “criação do Direito”, Hart compreende que não se pode trazer a primeiro plano estes casos, em função de que “a maioria das regras são convergentes e não conflituosas” (SILVA, 2015, p. 143).

Entretanto, em tais hipóteses, deve-se confiar na atuação dos juízes a partir de uma discricionariedade normativa, em busca da decisão mais sensata possível, inclusive em uma passagem da obra aqui analisada, Hart preleciona que: “a interpretação de um juiz deve levar em consideração valores morais, imparcialidade e neutralidade” (HART, 2012, p. 220).

Ademais, Hart afirma que aos juízes não caberá julgar parcialmente ou mesmo que sua teoria atribui a estes a liberdade que órgão legislativo possui, pelo contrário, não poderão introduzir “reformas de larga escala ou novos códigos” (HART, 2012, p. 336). Por consequência, sua atuação deve estar respaldada em “razões gerais para justificar a sua decisão” (HART, 2012, p. 336), cabendo-lhe observar os padrões e fundamentar seu veredicto.

2.3. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E MORAL

Por fim, faz-se imprescindível esclarecer acerca da Tese da Separabilidade, entre Direito e Moral, presente das teorias positivistas. Nesse diapasão, Hart entende que há uma conexão inquestionável entre o Direito e a Moral, como se apresenta nos capítulos VIII e IX da obra “O Conceito do Direito”.

De início, é necessário fazer a ressalva que a teoria de Hart e a possibilidade de relação entre Direito e Moral, não possui uma natureza pacífica. Essa discussão possibilita, até mesmo, uma divisão de conceitos diferentes de Positivismo Jurídico, como o Inclusivo e o Exclusivo, ou, como denomina, Coleman (1991), “positivo” e “negativo”. É inquestionável que o próprio Hart altera, mesmo que não substancialmente, no Pós-Escrito, uma maior possibilidade de incorporação da moral no Direito.

Nesse contexto, Dworkin indica que todas as proposições de Direito envolvem, necessariamente, um juízo moral. Isto porque, de acordo com a sua teoria interpretativa holística, “as preposições do Direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam ao Direito estabelecido” (HART, 2012, p. 332), conferindo-lhe justificação moral.

O ponto da Tese Separabilidade é enfatizar que não há restrições morais substantivas necessárias sobre o que os padrões de uma sociedade pode incluir em seus critérios de validade. Por esta razão, a tese Separabilidade afirma que é conceitualmente possível que um sistema legal não possua padrões morais em seus critérios de validade (HIMMA, 2002). Ou, como afirma Leslie Green (1957), “there is no necessary connection between law and morals or law as it is and law as it ought to be” (GREEN, 1957, p. 2).

De mesmo modo, Green (1957) afirma que a tese da Separação de Hart não estabeleceu a ideia de que Direito e Moral deveriam ser mantidos separados (*should be kept separate*), como, na comparação do autor citado, se fosse a separação entre a Igreja e o Estado. Além disso, complementa que a Moral estabelece ideais para o Direito, e o Direito deve (ou deveria segui-los).

Contudo, como defende a maior parte dos positivistas inclusivos, “deixam em aberto se é conceitualmente possível um sistema legal que possua padrões morais como critérios de validade” (HIMMA, 2002, p. 35). Isto irá depender de o que aquela sociedade considera como uma norma de reconhecimento, a qual trata validade ao sistema. Como afirma Shapiro: “Clearly, the Separability Thesis does not rule out master tests that incorporate moral criteria of legality. It states simply that tests of legality need not be moralized, not that they could

not” (SHAPIRO, 2007, p. 23). Esta é uma discussão, verdadeiramente, interessante, mesmo que não seja o objeto central do problema.

Assim, não há como sustentar que a moral não influencia o Direito. Isso nenhum positivista poderá negar (HART, 2012). Além disso, não há qualquer tipo de proibição de que as normas jurídicas adotem uma determinada moralidade (mesmo que esta seja considerada mutável). Questiona-se, também, a capacidade de haver um consenso acerca desse conceito “do que é moral”.

Todavia, o que jamais poderá ser sustentado pelo Positivismo Jurídico, é que a Moral seja considerada um critério de validade da norma. À vista disso, um sistema jurídico deve demonstrar alguma conformidade específica com a Moral, mas isto não significa que a validade jurídica das regras esteja relacionada com a Moral ou com a Justiça (HART, 2012).

Em complemento ao que foi exposto, Hart é ainda mais ousado a afirmar que manter a distinção entre o Direito e a Moral preserva o ponto de vista crítico dos cidadãos, possibilitando, até mesmo, a desobediência civil:

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 de 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 suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral (...).

Mas talvez uma razão mais forte para preferir o conceito mais amplo de direito, que nos habilitará a pensar e a dizer: isto é direito, mas é iníquo, reside em que negar o reconhecimento jurídico às regras iníquas poderia simplificar de forma excessiva e grosseira a variedade de questões morais a que aquelas dão origem.

(...) Um conceito de direito, que **permitia a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas** (HART, 2012, p. 226-228) (grifo nosso).

Portanto, não é uma verdade conceitual que o Direito tenha que respeitar padrões morais para ser considerado como válido. Entretanto, é imprescindível sublinhar que isso não impede, de forma alguma, que o seja.

Logo, a posição de Hart é a de que a existência e o conteúdo do Direito podem ser identificados por meio de fontes sociais do Direito, como: as leis, os costumes e as decisões judiciais, sem que para isso haja uma referência à Moral. Salvo, quando ele próprio incorpore “critérios morais para a identificação do Direito (HART, 2012, p.332).

Nesse sentido, um sistema jurídico deve (ou melhor, pode) demonstrar alguma conformidade específica com a moral, mas isto não significa que a validade jurídica das regras esteja relacionada com a moral ou com a justiça. Em síntese, não se afirma que uma

regra jurídica não pode ter um conteúdo moral ou que, tampouco, no momento da sua aplicação não o possa ser levado em consideração, o que se sublinha é de que uma norma moral jamais poderá ser considerada como preceito de validade de uma determinada regra jurídica. Portanto, a moral e o direito possuem critérios autônomos de validade distintos.

CONCLUSÃO

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como objeto de estudo a exposição e análise do início do debate travado entre Dworkin e Hart, cujo enfoque foi as críticas do autor norte-americano à teoria de Hart (e ao Positivismo Jurídico) na publicação de “Levando os direitos a sério”, em 1977.

Ao contrário do que autores como Brian Leiter (2004) sustentam, de que o debate entre Hart e Dworkin está encerrado, tendo sido Hart o vitorioso (mesmo que não proponha que o Positivismo Jurídico seja a única opção), já que, supostamente, Dworkin haveria abandonado diversos pensamentos ao longo de sua vida acadêmica. Acredita-se que o diálogo entre ambos abriu oportunidade para um aperfeiçoamento da teoria do direito contemporâneo, em especial, no que concerne ao Positivismo Jurídico e a possibilidade de convergência entre um sistema positivado e a moral.

A ideia inicial foi a de voltar às raízes da discussão inicial, como uma contextualização do panorama, por esse motivo foi eleita, especificamente, essa obra de Dworkin e os capítulos 1 e 2 da mesma. Isto porque é de comum conhecimento que as ideias do próprio Dworkin, principalmente no que se refere ao modelo interpretativo, vão se aperfeiçoando, cujo ápice é em “Law’s Empire”, publicado em 1986.

O primeiro item deste artigo, as críticas de Ronald Dworkin em “Levando os direitos a sério”. Dessa maneira, restou-se claro que a estratégia principal de Dworkin é a de argumentar que, invariavelmente, a legalidade não é determinada por fatos sociais apenas, mas, também, por fatos morais. Logo, resta evidente que Dworkin rejeita um modelo descritivo do Direito.

Portanto, a pretensão de Dworkin era a de elaborar uma teoria liberal do Direito, não apenas pautada em uma perspectiva descritiva, mas que corresponda a essa concepção política específica. Note-se que a refutação de Dworkin ao Positivismo é muito mais política, em função que a própria concepção ideológica do liberalismo não poderia se sustentar que direitos preexistentes (de acordo com a teoria liberal), não fossem abarcado no sistema positivo, eis que um direito “nasce”, a partir de sua positivação.

Como denunciou Shapiro (2007), o debate entre Dworkin e Hart centra-se, em essência, em questões relacionadas à validade do sistema jurídico. Assim, expôs-se as três teses de refutação ao Positivismo de Hart, 1) só há direitos e obrigações se os mesmos forem positivados por uma autoridade institucional; 2) esses direitos e obrigações apenas serão válidos se passarem por um “*teste de pedigree*”, teste de origem e; 3) quando não houver uma lei específica a ser aplicada no caso concreto ou, se não houver clareza quanto a sua aplicação, o juiz poderá “criar” o direito ao seu bel-prazer. Dessa maneira, Dworkin observa que há um problema entre a relação do ordenamento jurídico e a moral. Estes pontos principais foram os que guiaram o presente artigo e o item subsequente.

No item referente ao Hart, foi salientada a sua contribuição para a teoria do positivismo contemporânea, pelo fato de que sua teoria desconstruiu a ideia de que o Direito seja um conjunto de ordens ou comandos com base em ameaças que são dirigidos se um soberano a um súdito. Por outro lado, considera que o Direito seja um conjunto de regras primárias e secundárias.

Tratando-se da discricionariedade, caracteriza essas regras jurídicas como possuidoras de uma textura aberta, ou seja, não haverá um consenso sobre o que elas significam, cabendo ao intérprete a função de realizar essa escolha. Nesse sentido, afirma Hart que as regras possuem um núcleo indiscutível, que consegue ser aplicado facilmente em casos fáceis. Entretanto, em casos complexos, tais regras deverão ser interpretadas por juízes. Dessa forma, as regras não preveem tudo. Por isso que para estes, as regras devem ser consideradas fontes do Direito e não parte do próprio.

Outrossim, sobre a regra de reconhecimento e a interpretação de Dworkin quanto ao “teste de *pedigree*”, deve-se esclarecer que Hart não delimitou critérios de como a comunidade jurídica deveria determinar a aplicabilidade das regras, nem quanto ao conteúdo e nem mesmo quanto à forma. Pelo contrário, o que Hart faz é interligar a ideia de regra de reconhecimento ao mínimo de eficiência, como o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Portanto, talvez o mais importante seja sublinhar que a regra de reconhecimento não deriva de um fato, mas, sim de uma prática. Logo, não se trata de uma questão de analisar a “origem” da regra jurídica, como pressupunha Dworkin.

Por fim, ao se tratar da relação entre Direito e a Moral, Hart reconhece a sua teoria como “moralmente neutra e sem propósitos de justificação”, eis que não busca, de maneira alguma, recomendar ou justificar um modelo jurídico a ser seguido, seja por razões morais ou

quaisquer outros motivos. Apesar de o autor reconhecer, como ponto preliminar, que a crítica moral a um ordenamento jurídico seja útil.

Este último ponto, o autor defende que pode ser instrumentalizado através da norma de reconhecimento, como aquilo que uma determinada comunidade jurídica considera como válida e aplicável. Todavia, o que jamais poderá ser sustentado pelo Positivismo Jurídico, de Hart, é que a Moral seja considerada um critério de validade da norma. À vista disso, um sistema jurídico deve demonstrar alguma conformidade específica com a Moral, mas isto não significa que a validade jurídica das regras esteja relacionada, necessariamente, com a Moral ou com a Justiça.

Por fim, reitera-se que o objetivo do presente artigo não foi esgotar a discussão travada pelos autores, mas, tão-somente, realizar uma introdução aos principais conceitos e críticas que circundam a discussão. Assim como, não foi objeto demonstrar qual dos autores está correto ou não, objetivo este que exigiria um embate entre correntes de pensamento entre pensadores com opiniões muito distintas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BILLIER, JEAN-CASSIEN; MARYOLI, AGLAÉ. História da Filosofia do Direito. Coleção História e Biografias. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.

COELHO, André. O Positivismo Jurídico Depois de Dworkin, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TsRNJzo-IkA>. Acesso em: 04 de março de 2015.

COLEMAN, Jules L. Rules and Social Facts. Faculty Scholarship Series. Yale Law School, 1991.

DWORKIN, Ronald. M. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREEN, Leslie. Positivism and the Inseparability of law and morals, 1957. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/LG_inseparability_4.3.pdf. Acesso em: 19 de março de 2016.

HART, H. L. A. O conceito do direito. 2. Tir. São Paulo: Martins Lopes, 2012.

HIMMA, Kenneth. Inclusive Legal Positivism. Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford University Press, 2002.

LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. Public Law & Legal Theory Working Paper n. 70, 2004.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. O conceito de políticas (policies) nos primeiros vinte anos da teoria de Ronald Dworkin. In: O Pensamento Jurídico Contemporâneo/ Coordenação Jean Carlos Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SHAPIRO, Scott J.. The “Hart-Dworkin” Debate: a short guide for the perplexed. Michigan Law: University of Michigan Law School. Public law and legal theory working paper series, n. 7, 2007.

SILVA, DAVI. Hart e a defesa do Positivismo por meio da tese da separação entre direito e moral. In: O Pensamento Jurídico Contemporâneo/ Coordenação Jean Carlos Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2015.